

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MATHEUS FALK

**A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS NO DIREITO
BRASILEIRO:
Tutela Jurídica na era da Modernidade Líquida e da *Surveillance***

**CURITIBA
2017**

MATHEUS FALK

**A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS NO DIREITO
BRASILEIRO:
Tutela Jurídica na era da Modernidade Líquida e da *Surveillance***

Dissertação apresentada como requisito parcial para a
obtenção do grau de Mestre em Direito no Programa
de Pós-Graduação em Direito, Curso de Mestrado em
Direito, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena

**CURITIBA
2017**

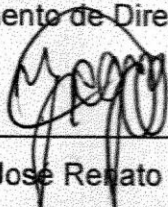
TERMO DE APROVAÇÃO**MATHEUS FALK****A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS NO DIREITO BRASILEIRO:****Tutela Jurídica na era da Modernidade Líquida e da *Surveillance***

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

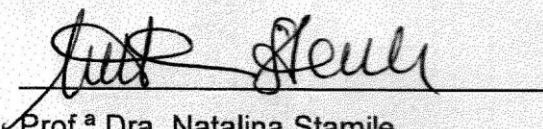
Orientador:



Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena
Departamento de Direito Privado, UFPR



Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella
Complexo de Ensino Superior Meridional, IMED



Prof.ª Dra. Natalina Stamile
Universidade Magna Grécia de Catanzaro, UMG

Dedico este trabalho aos meus pais, José Luis e Berenice, e ao meu irmão, Gabriel, pela força insubstituível de suas presenças em minha vida.

Dedico-o também, nome de Edward Joseph Snowden, a todos os ciberativistas que arriscam suas vidas na denúncia dos abusos e ingerências perpetrados em face dos dados pessoais. Que a difícil e corajosa decisão de enfrentar o poder estabelecido não seja nunca em vão.

Dedico-o, por fim, à memória do mestre Zygmunt Bauman, cujos pensamentos constituem não apenas a linha condutora deste trabalho, mas também, em larga medida, a compreensão pessoal que mantenho sobre a realidade.

AGRADECIMENTOS

“Navegar é preciso, viver não é preciso”. O significado dessa frase, cunhada por Pompeu e adaptada, muitos séculos depois, por Petrarca, foi por mim apreendido há pouco tempo, e posso dizer que acertou em cheio minha consciência.

Na esteira de seu significado, ainda que de maneira inconsciente, iniciei os agradecimentos apostos em meu trabalho monográfico apresentado perante a Faculdade de Direito desta Universidade com a seguinte frase: *“acredito que muitos gostariam de ter a oportunidade de declinar palavras de agradecimento aos amigos e familiares, e nunca tiveram esta chance. Desta forma, como o amanhã é incerto e a apresentação deste trabalho constitui a realização de um grande sonho, não me sinto no direito de esperar uma nova ocasião”*.

A incerteza do amanhã não permitiu que esse meu pensamento, exposto há alguns anos, mudasse. Ao revés. Lançou o general e o poeta no rol dos culpados, por reforçá-lo. Certo, todavia, é que nova oportunidade se apresenta. Renovado motivo para expor, em trabalho acadêmico passível de consulta pública, estima e gratidão por pessoas que deixaram suas existências marcadas na minha, e cuja memória me orgulha, engrandesce e regozija.

Postura diferente, entretanto, adotarei nas próximas linhas. Enquanto que, naquele tempo, tentei nominar o maior número possível de pessoas, hoje penso que tal acuidade não detém tanta importância. Aqueles que importam entendem, de muitas outras formas, a medida de sua importância independentemente de se fazerem citados no espaço reservado, para esse fim, em uma Dissertação. Falarei, assim, com maior generalidade de amigos e de família, fugindo à regra em relação a *“dois ou três”*, cujo registro é, para mim, moralmente imperativo. No mais, se você se considera meu amigo ou minha família, sinta-se carinhosamente abraçado e sinceramente agradecido.

Inicialmente, agradeço a Deus. A *Ele*, tudo.

Agradeço aos meus pais, José Luis e Berenice, por tornar esse sonho possível, ante o apoio incondicional que sempre a mim manifestaram. Amo muito vocês dois.

Agradeço ao meu irmão, Gabriel, cuja presença desejo e preciso sempre. O orgulho e o carinho que tenho de ti e por ti são imensos, e definem bem o valor insubstituível da tua fraternidade.

Agradeço aos demais familiares, importantes na construção do homem que me tornei.

Agradeço aos amigos que cativei, ciente do vigor que em mim adquiriu o valor da “amizade” nesses últimos anos. Agradeço a absolutamente todos, nos diferentes níveis de intensidade e intimidade. Dentre vocês, em honra a todos os outros, gostaria de nominar três:

Thiago Priess Valiati. Irmão concedido pela vida. Desde o primeiro dia na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná já se vão oito anos, cada dia deles vividos na certeza dessa amizade verdadeira. Nos une mais do que o Palmeiras, o Rock n’ Roll, as viagens e a parceria constante. Agradeço por toda a ajuda e companheirismo nesses anos, na certeza de que muitos mais virão, com sonhos conquistados e compartilhados, e as dificuldades superadas, justamente como tem sido nesse tempo. Obrigado por ser meu amigo.

Antonio José Assis. Amigo valoroso, cuja companheirismo a distância, no tempo de faculdade, não permitiu arrefecer. Parceiro insubstituível de tantas viagens e aventuras vividas pelo Rock n’ Roll. Obrigado por ser meu amigo.

Leonardo Ferreira Tavares. Amigo fiel. Mais do que o Palmeirense mais valoroso que já conheci, se tornou alguém de confiança absoluta, conquistada através do respeito e do carinho que somente a amizade verdadeira pode proporcionar. Obrigado por ser meu amigo.

Agradeço a Mário Dittrich Bilieri, Juiz de Direito no Estado do Paraná. Tanto pela oportunidade que me deu, de iniciar minha vida profissional tão logo terminada a graduação, quanto pela postura séria, respeitosa e responsável com que exerce a função de Magistrado. A incerteza de qual o caminho definitivo a seguir não impede que nele tenha o espelho do profissional que quero me tornar.

Agradeço ao Professor Cesar Antonio Serbena, responsável pela minha orientação na confecção do presente trabalho. Quanto mais estudo, mais o admiro. Quanto mais aprendo sobre o Direito, mais o respeito. E quanto mais entendo sobre as dificuldades e desafios da academia, mais o valorizo como Professor e como ser humano, vivendo na certeza do acerto de o ter escolhido como orientador, além da gratidão infinita de ter me aceitado como orientando.

Agradeço a Renê Chiquetti Rodrigues, companheiro de Mestrado. O pouco convívio nesses dois anos não faz jus ao respeito que por ele adquiri. Sempre solícito,

é, para mim, uma das pessoas mais inteligente que conheci. A formalidade do vínculo funcional virá em breve, porque Professor já o considero.

Agradeço aos servidores da 2ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, pelo crescimento pessoal e profissional que obtive com a convivência durante o período em que lá estive.

Agradeço aos funcionários da Faculdade de Direito da UFPR, pela urbanidade com que sempre me trataram.

*You think you've private lives
Think nothing of the kind
There is no true escape
I'm watching all the time*

*I'm made of metal
My circuits gleam
I am perpetual
I keep the country clean*

*I'm elected electric spy
I'm protected electric eye...*

Judas Priest – *Electric Eye*

*Welcome my son, welcome to the
machine
Where have you been?
It's alright we know where you've been*

*...
Welcome my son, welcome to the
machine
What did you dream?
It's alright we told you what to dream...*

Pink Floyd – *Welcome to the Machine*

RESUMO

O presente trabalho analisa a importância da proteção jurídica dos dados pessoais no Brasil, considerando, para tanto, a atual conformação social, altamente influenciada pelo desenvolvimento tecnológico. No primeiro capítulo, promove-se uma exposição do ataque atualmente perpetrado em face dos dados pessoais, o que se elegeu chamar de “devassa dos dados pessoais”, representada pelas técnicas de controle desveladas por Edward Snowden e a atuação de entes privados na coleta e circulação desses dados, conjugados à importância dessas questões no atual panorama econômico e político mundiais. No capítulo seguinte, apresenta-se conceitos importantes, como a metalinguagem atribuída, entre outras, às expressões “dados pessoais”, “bancos de dados”, “intimidade” e “privacidade”, a fim de se delimitar o alcance semântico de tais noções, utilizadas de maneira corrente na presente dissertação. Na terceira parte, promove-se uma exposição multifacetada, a fim de se demonstrar como a ingerência dos dados pessoais afeta, em diferentes perspectivas, a constituição dos seres humanos enquanto entes individuais e sociais. Para tanto, utiliza-se de conceitos e perspectivas reveladoras da complexidade atualmente experimentada pela esmagadora maioria do mundo ocidental, nela incluída o Brasil, a exemplo das definições de “Modernidade Líquida”, termo cunhado pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman para definir o espectro adotado pela atual conformação social, e de *surveillance*. No quarto capítulo, traça-se um histórico da proteção jurídica dos dados pessoais, a partir da experiência estadunidense e europeia, com foco no atual panorama europeu sobre a questão. Por fim, no capítulo derradeiro, apresenta-se o atual estágio protetivo alcançado pelo Brasil, mediante o apontamento da legislação produzida sobre o tema, bem como dos desafios que se apresentam, no que toca aos dados pessoais, ao controle pela juridicidade, apontando-se, por um lado, a necessidade de tutela desses elementos, e, por outro, a insuficiência das técnicas e textos normativos ora existentes - e, quiçá, do próprio direito – em fornecer abrigos adequados à matéria, mormente a partir dos efeitos indicados no terceiro capítulo desse estudo.

Palavras-chave: Dados Pessoais; Proteção de Dados; *Surveillance*; Modernidade Líquida; Sociedade em Rede.

ABSTRACT

This academic work analyzes the importance of legal protection of personal data in Brazil, considering, for that, the current social conformation, highly influenced by technological development. In the first chapter, an exposition of the current attack on personal data is promoted, which was called "personal data loss", represented by the control techniques unveiled by Edward Snowden and the performance of private entities in the gathering and dissemination of data and the importance of these issues in the current global economic and political landscape. In the next chapter, important concepts are presented, such as attributed metalanguage, among others, to the expressions "personal data", "databases", "intimacy" and "privacy", in order to delimit the semantic reach of such notions, commonly used in this dissertation. In the third part, a multifaceted exposition is promoted in order to demonstrate how the interference of personal data affects, in different perspectives, the constitution of human beings as individual and social entities. To do so, it uses concepts and perspectives that reveal the complexity currently experienced by the overwhelming majority of the Western world, including Brazil, like the definitions of "Net Modernity", a term coined by the Polish sociologist Zygmunt Bauman to define the spectrum adopted by Current social conformation, and surveillance. In the fourth chapter, a history of legal protection of personal data is drawn from the US and European experience, focusing on the current European panorama on the issue. Finally, in the last chapter, it is present the current protective stage reached by Brazil, by pointing out the legislation produced on the subject, as well as the challenges that are presented, in terms of personal data, to be controlled by legality. On the one hand, the need to safeguard these elements and, on the other hand, the inadequacy in the existence of technical and normative texts - and, perhaps, of the law itself - to provide shelters appropriate to the matter, especially from the effects indicated in third chapter of this study.

Keywords: Personal data; Data Protection; Surveillance; Liquid Modernity; Network Society.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 – DEVISSA DOS DADOS PESSOAIS	18
1.1. "SEM LUGAR PARA SE ESCONDER": ESPIONAGEM ESTADUNIDENSE E CASO "EDWARD SNOWDEN"	18
1.1.1 REVELAÇÕES SOBRE A VIGILÂNCIA	18
1.1.2 PROGRAMAS DE VIGILÂNCIA	27
1.2. IMPORTÂNCIA ECONÔMICA E POLÍTICA DA COLETA E TRATAMENTO DOS DADOS PESSOAIS: DO CIDADÃO COMUM À ELEIÇÃO PRESIDENCIAL NORTE-AMERICANA	34
1.3. ALCANCE E INFLUÊNCIAS DOS ATAQUES AOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL	43
CAPÍTULO 2 – PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS: DISTINGUINDO PERSPECTIVAS E DELIMITANDO CONCEITOS	48
2.1. IMPORTÂNCIA DE UMA METALINGUAGEM APLICADA AO TEMA	48
2.1.1. PRIVACIDADE	50
2.1.2. INTIMIDADE E VIDA PRIVADA	55
2.1.3. PROTEÇÃO	57
2.1.4. DADOS PESSOAIS	60
2.1.5. BANCO DE DADOS	68
2.2. JUSTIFICATIVA PARA A DELIMITAÇÃO DO TRABALHO AOS DADOS PESSOAIS	71
CAPÍTULO 3 – DADOS PESSOAIS E O INDIVÍDUO	75
3.1. PERSPECTIVAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS	75
3.1.1. MODERNIDADE LÍQUIDA	79
3.1.2. <i>SURVEILLANCE</i>	100
3.2. "UNINDO AS PONTAS"	112
CAPÍTULO 4 – ARQUÉTIPOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS	115
4.1. JUSTIFICATIVA DA ANÁLISE DO MODELO EUROPEU	115
4.1.1. MODELO EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	117
4.2. MODELO ESTADUNIDENSE DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	129
CAPÍTULO 5 – PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL	135
5.1. ESTATURA CONSTITUCIONAL	136
5.2. REGRAMENTO INFRACONSTITUCIONAL	142
5.2.1. LEIS ESPARSAS DE PROTEÇÃO	142
5.2.2. MARCO CIVIL DA INTERNET	149
5.3. AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA	156
5.4. CONSIDERAÇÕES FINAIS PARCIAIS: O PAPEL DA LEGISLAÇÃO E A COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE A NECESSIDADE E A (IN)EFETIVIDADE DE UMA LEI PRÓPRIA DE PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS – INDICATIVOS PARA O FUTURO	162
CONCLUSÃO	183

REFERÊNCIAS.....	188
-------------------------	------------

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea angariou o adjetivo “*tecnológica*” à já conhecida expressão “*sociedade da informação*”, de forma a distinguir a atual conformação social daquela inaugurada, no século XV, com a invenção da prensa¹. Com efeito, a absorção, pela esfera privada, das tecnologias computacionais desenvolvidas primariamente em âmbito militar – a exemplo da *internet*² –, denuncia hoje uma coletividade há muito acostumada com o ambiente virtual. Alguns fatos reveladores dessa convivência no “ciberespaço” podem ser representados pela maciça utilização das redes sociais, o crescente desenvolvimento do comércio eletrônico, a realização de operações bancárias por meio digital, e, talvez uma das mais importantes inovações no campo governamental, o emprego cada vez mais intenso de ferramentas de e-gov (governo eletrônico), visando uma conexão efetiva da administração pública com os cidadãos³.

Nada obstante os claros benefícios trazidos pela tecnologia, um efeito comum decorrente de sua utilização é a intensa produção e armazenamento de dados pessoais. No ambiente cibernético, as informações pessoais funcionam quase como um meio de troca, sendo exigidas sempre que algum conteúdo de maior relevância é acessado pelo usuário. Seja o servidor responsável pela rede social, seja a empresa

¹ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil**. 4. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. FALTA A PG.

² Acerca do panorama histórico de criação e desenvolvimento da internet, leciona Manuel Castells que “*A internet originou-se de um esquema ousado, imaginado na década de 1960 pelos guerreiros tecnológicos da agência de Projetos de Pesquisa Avançada do Departamento de Defesa dos Estados Unidos (a mítica Darpa) para impedir a tomada ou destruição do sistema norte-americano de comunicações pelos soviéticos, em caso de Guerra Nuclear. (...) O resultado foi uma arquitetura de rede que, como queriam seus inventores, não pode ser controlada a partir de nenhum centro e é composta por milhares de redes de computadores autônomas com inúmeras maneiras de conexão, contornando barreiras eletrônicas. Em última análise, a Arpanet, rede estabelecida pelo Departamento de Defesa dos EUA, tornou-se a base de uma rede de comunicação horizontal global composta de milhares de redes de computadores (cujo número de usuários superou os trezentos milhões no ano de 2000, comparados aos menos de vinte milhões em 1996, e em expansão veloz.* (CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 17ª. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2016, p. 65). No mesmo sentido Vânia Siciliano Aieta: “*A internet evoluiu a partir da Arpanet (Advanced Research Project Agency Network), um projeto do DoD (Department of Defense) dos EUA, que objetivava a manutenção das comunicações entre cientistas e militares americanos, mesmo no caso de um ataque nuclear*”. (AIETA: Vânia Siciliano. **Marco Civil da Internet e o Direito à Intimidade**. in **Marco Civil da Internet**. George Salomão Leite e Ronaldo Lemos (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2014, p. 695).

³ Conforme o sítio eletrônico do Governo Brasileiro sobre o tema: “*As ações do programa de Governo Eletrônico (eGOV) priorizam o uso das tecnologias da informação e comunicação (TICs) para democratizar o acesso à informação, visando ampliar o debate e a participação popular na construção das políticas públicas, como também aprimorar a qualidade dos serviços e informações públicas prestadas*”. Disponível em <https://www.governoeletronico.gov.br/sobre-o-programa/historico>. Acesso em 16/11/2016.

operante no meio eletrônico, seja a instituição bancária, ou mesmo a administração direta e indireta estatal, todos operam diuturnamente com dados pessoais fornecidos pelos cidadãos, em um ambiente marcado pela volatilidade e instantaneidade. Estamos falando de milhares de usuários, fornecendo dados pessoais a todo instante para os mais variados operadores digitais. Diante deste panorama, emergem alguns questionamentos: quais as possíveis utilizações desses dados? Quais as diretrizes legais a serem seguidas pelos detentores de bancos de dados? O que caracteriza um banco de dados? Qual a responsabilidade destes operadores do âmbito virtual quanto à integridade e a destinação dos dados pessoais a eles confiados? E, talvez, a pergunta mais importante: quais os interesses existentes na captação e armazenamento dos dados pessoais de milhares de cidadãos, nacionais e estrangeiros?

Tomando tais questionamentos como ponto de partida, pretende-se enfrentar a questão da proteção jurídica dos dados pessoais a partir da realidade brasileira, notadamente marcada pela ausência de legislação específica sobre o tema – sem se descuidar, para tanto, da realidade e influências internacionais, vez que a captação de dados por meios informáticos *não respeita fronteiras*⁴.

Para tanto, promove-se, em um primeiro momento, uma apresentação da importância dos dados pessoais no atual contexto político-econômico, a partir dos fatos revelados pelo ex-analista de sistemas da Agência Nacional de Segurança Estadunidense, Edward Snowden. Esse primeiro capítulo – o qual se escolheu denominar de “devassa dos dados pessoais” –, indica como Snowden, na qualidade de funcionário terceirizado da NSA, obteve acesso, e posteriormente revelou ao grande público, uma gama de sistemas mantidos pelo governo norte-americano, a fim de captar toda a comunicação telemática mantida entre e com cidadãos estadunidenses, o que resultou na captura de dados de centenas de milhares de indivíduos, de dezenas de nacionalidades, residentes nos mais diversos locais do globo terrestre. Além disso, indica-se como a captura de dados pessoais por empresas privadas também constitui atividade corriqueira – e, diga-se de passagem, altamente lucrativa – de conhecidos agentes atuantes no palco informatizado,

⁴ Nesse sentido David Lyon, ao afirmar que “*burocracias transnacionais de vigilância e controle, tanto empresariais quanto políticas, agora trabalham a distância para monitorar e controlar, pela vigilância, os movimentos da população*”. BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida: diálogos com David Lyon**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 63.

ostentando papel decisivo no desabrigo proporcionado aos dados pessoais nesse domínio.

Após a apresentação desse panorama mundial, percorre-se uma via dogmática, a fim de se definir a metalinguagem aplicada a conceitos como “banco de dados” e “dados pessoais”, buscando, ao mesmo tempo, delimitar e justificar a abordagem do trabalho aos “dados pessoais”, vistos como diversos, inclusive para fins de tutela jurídica, dos conceitos de privacidade e intimidade, muitas vezes citados, não sem razão, quando se fala em ingerência indevida em comunicações e atividades mantidas em ambientes informatizados.

No terceiro quintil do trabalho, já definida a relevância do tema proposto a partir de ataques recentes à confidencialidade dos dados pessoais, bem como justificados os contornos dados aos termos empregados na presente abordagem, passa-se a uma análise – por meio de autor consagrado, cuja leitura da realidade e exposição de pensamentos influencia sobremaneira a produção científica atual, como Zygmunt Bauman – dos efeitos que a retenção, tratamento e utilização de dados pessoais produzem no contexto atual, a fim de se desvelar as bases reais dos interesses públicos e privados na captação de dados pessoais – voltados à maximização de ganhos político-econômicos dos diversos agentes arregimentadores desses dados, sem se descuidar da repercussão social e individual inerente à dialética estabelecida por meio da atividade fornecimento/captação de dados pessoais.

Tais reflexões possuem, como pedra de toque, uma importante característica: a *personalidade* dos dados fornecidos. Ao tempo da proclamada “*revolução tecnológica*”, a própria sociedade, imersa em um capitalismo cada vez mais flexível, passou a adotar novas expectativas quanto ao futuro, assumindo os indivíduos um novo e destacado papel dentro desta conjuntura, enquanto “atores singulares” de suas vidas, únicos responsáveis pelos próprios destinos, lugar no qual suas informações pessoais possuem grande valia. “*A apresentação dos membros como indivíduos é a marca registrada da sociedade moderna*”, leciona Zygmunt Bauman⁵. Ao mesmo tempo, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento basilar de diferentes ordenamentos jurídicos⁶, o que reforça a personalidade como elemento a ser valorizado. Ademais, deve-se ter em mente que a constante evolução e transformação

⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 177.

da realidade – cada vez mais atrelada ao mundo virtual – não acontece por mero acaso, ou ainda por simples agrado ou dissabor da comunidade, mas ocorre enquanto parte de um projeto econômico e político, no qual o governo está profundamente inserido. É o que defende Armand Mattelart, quando postula que a *“noção de sociedade global da informação é resultado de uma construção geopolítica”*⁷. Conjugando esse desenvolvimento à proteção inalienável da pessoa humana, analisando, por perspectivas diversas, os impactos dessa relação, constitui a força motriz do terceiro capítulo desta obra.

Na quarta etapa, reconhecendo os efeitos desinentes das atividades invasivas dos dados pessoais, apresenta-se como vêm se dando a proteção jurídica a esses fatos nos sistemas de direito europeu e estadunidense. Isso se deve à constatação da tradição jurídica de proteção aos dados pessoais nessas legislações alienígenas, cujo pioneirismo no tratamento do tema, bem como o nível de regulamentação alcançado na atualidade, bem indicam qual o panorama mais avançado de tutela legal dos dados pessoais vivenciado globalmente.

Por fim, considerando estar inserida em todo esse contexto a realidade brasileira, promove-se uma avaliação da legislação pátria existente sobre o tema, ciente da inexistência de uma lei específica de proteção aos dados pessoais. Ainda que a edição do Marco Civil da Internet tenha sido um importante símbolo da preocupação nacional com os ataques a direitos perpetrados no ciberespaço, certo é que os três artigos que dedica à matéria não dão conta de solucionar a questão que se apresenta, vez que os dispositivos concernentes à proteção de dados referem-se sempre aos procedimentos de sigilo, segurança e disponibilização dos dados a terceiros, não se referindo (ou se referindo genericamente), por exemplo, às regras para armazenamento e utilização interna desses dados, pelos próprios bancos coletores. Entretanto, importante ressaltar que, ainda que a experiência brasileira seja incipiente, obras de envergadura já foram editadas sobre o tema, constituindo elementos de grande valia na produção do trabalho⁸.

Destaca-se um último ponto na presente nota introdutória. Ao se anunciar a necessidade de proteção aos dados no direito brasileiro, não se coloca tal questão

⁷ MATTELART, Armand. **História da sociedade da informação**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 7.

⁸ Toma-se, como exemplo, a tese de doutorado de Danilo Doneda (DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006) e a dissertação de mestrado de João Carlos Zanon (ZANON, João Carlos. **Direito à proteção dos dados pessoais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013).

como algo introdutório, superficial, justificador de uma posterior análise do direito posto⁹. Ao revés. O objetivo desse trabalho é justamente o de se colocar em pauta a devassa dos dados pessoais e suas consequências aos indivíduos, a fim de se mensurar os efeitos dessa atividade. Com isso, busca-se posicionar o papel do direito nesse ambiente complexo, altamente influenciado e determinado pela relação estabelecida entre a tecnologia e os diferentes atores sociais, reconhecendo, por um lado, a importância indelével da regulação por ele promovida e exercida, a partir de princípios da democracia, através do monopólio da violência, e, de outro, as limitações desse instrumento, fortemente ligado à estruturas de organização e atuação estatal modernas, em constante erosão ante a liquefação das estruturas sociais e organização dos cidadãos em uma sociedade em rede.

⁹ Algumas disciplinas e análises acadêmicas no âmbito do direito sofrem ao optar por um estudo não totalmente voltado à dogmática, a exemplo da história do Direito, utilizada, por alguns autores, e em algumas obras jurídicas, com a mera função de prolegômenos. Nesse sentido Ricardo Marcelo Fonseca: *A análise do passado do direito passa a servir para, ao afirmar a historicidade que é ínsita ao direito (que não é, portanto, algo que sobrepára de modo isolado da realidade ou que é mero efeito da economia ou da política), demonstrar aos juristas das áreas da “dogmática jurídica” (civilistas, penalistas, processualistas etc.) que seus saberes, para serem bem manejados, dependem fundamentalmente de uma responsável análise diacrônica. Não mais uma mera e anacrônica “introdução histórica” – habitual nos manuais e mesmo nos trabalhos mais acadêmicos – que acentue principalmente as continuidades e permanências (frequentemente de modo artificial) ao longo do tempo, mas, ao contrário, a história do direito passa a demonstrar que uma análise teórica de qualquer dos “ramos do direito” deve ser atravessada pela história (visto que os conceitos e instituições jurídicas são, eles mesmos, embebidos de historicidade) e sua boa compreensão depende de sua inscrição temporal.* (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 36.

CAPÍTULO 1 – DEVASSA DOS DADOS PESSOAIS

1.1. "SEM LUGAR PARA SE ESCONDER": ESPIONAGEM ESTADUNIDENSE E CASO "EDWARD SNOWDEN"

"Percebi que eles estavam criando um sistema cujo objetivo era eliminar toda a privacidade, em nível global. Tornar impossível a qualquer ser humano se comunicar eletronicamente com outro sem que a NSA pudesse coletar, armazenar e analisar a comunicação".
Edward Snowden.

1.1.1 REVELAÇÕES SOBRE A VIGILÂNCIA

O pior panorama possível de assalto a qualquer bem jurídico é aquele em que todos os titulares desses bens os tenham todos sob agressão, simultaneamente.

Ainda que a realidade de tal situação possa ter sua veracidade contestada, ante a dificuldade de sua comprovação empírica ocasionada pela inadmissibilidade de exceção trazida pelo verbete "todos", certo é que os eventos narrados por Edward Snowden autorizam, ainda que pela ótica dos esforços empregados pelos países coletores, a subsunção a esse arquétipo de, ao menos, uma categoria de bem jurídico: a dos dados pessoais.

Edward Joseph Snowden, ex-analista de sistemas a serviço da Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos – NSA (*National Security Agency*¹⁰), trouxe a público, através de entrevistas concedidas no ano de 2013, um minucioso, complexo e gigantesco esquema de interceptação e armazenamento de dados pelo governo dos Estados Unidos e outros estados soberanos.

¹⁰ Conforme nota da própria agência, essa é conceituada como: *A Agência de Segurança Nacional/Serviço Central de Segurança (NSA/CSS) lidera o Governo dos EUA em criptologia, que engloba tanto os serviços de inteligência de sinais (SIGINT) como os produtos e serviços de garantia de informação (IA), e permite a Operação de Rede de Computadores (CNO), de maneira a alcançar uma vantagem decisiva para a Nação e nossos aliados sob todas as circunstâncias.* (Original em inglês: *The National Security Agency/Central Security Service (NSA/CSS) leads the U.S. Government in cryptology that encompasses both Signals Intelligence (SIGINT) and Information Assurance (IA) products and services, and enables Computer Network Operations (CNO) in order to gain a decision advantage for the Nation and our allies under all circumstances*). Disponível em: <https://www.nsa.gov/about/mission-strategy/>. Acesso em 01/02/2017.

Tais fatos, além de terem sido denunciados em diversos periódicos, deram origem a um livro jornalístico, escrito por um dos profissionais a quem o analista de sistemas confidenciou a existência do programa de espionagem: Glenn Greenwald¹¹, cuja obra, intitulada “*Sem lugar para se esconder*”¹², é utilizada como paradigma para a narrativa empregada neste capítulo. Neste livro, Greenwald expõe, com minúcias, como se deram seus contatos com Edward Snowden, os interesses que levaram o analista de sistemas a se tornar um delator, bem como os dados existentes em diversos documentos coletados por Snowden durante sua atuação na CIA (*Central Intelligence Agency*¹³) e na NSA.

Conforme relata Greenwald, a primeira comunicação que recebeu de Snowden ocorreu no dia 1º de dezembro de 2012, por meio de um e-mail rubricado como *Cincinnatus*. Greenwald explica que tal alcunha se remete a “*Lucius Quinctius Cincinnatus, agricultor romano que, no século V a.C., foi nomeado ditador da cidade para defendê-la dos ataques que sofria*”¹⁴. Além disso, ressalta que “*ele é mais lembrado pelo que fez após derrotar os inimigos da cidade: voluntariamente, abriu mão na mesma hora do poder político e voltou à vida de agricultor*”¹⁵, tendo, por esse motivo, virado “*símbolo do uso do poder político em prol do interesse público, e do valor de limitar ou mesmo abandonar o poder individual em nome do bem maior*”¹⁶.

Em referido e-mail, afirmava *Cincinnatus* que, para ele, a segurança das comunicações das pessoas era algo muito importante. Recomendava à Greenwald,

¹¹ Glenn Greenwald é um ex-advogado e ex-colunista do jornal britânico *The Guardian*. Recebeu diversos prêmios por suas reportagens investigativas, entre eles o *Online Journalism Awards*, da Online News Association, em 2013 e *Esso de Melhor Reportagem de 2013*. Além disso, o conjunto de reportagens sobre os documentos da NSA assinadas por Greenwald, Laura Poitras, Ewen MacAskill e Barton Gellman deu aos periódicos *The Guardian* e *The Washington Post* o Pulitzer 2014 na categoria Serviço ao Público. (GREENWALD, Glenn. **Sem lugar para se esconder**. Rio de Janeiro: Sextante, 2014).

¹² Original em inglês: *No place to hide*.

¹³ Conforme nota da própria agência, essa é conceituada como: *A CIA é uma agência independente responsável pelo fornecimento de informações de segurança nacional a altos responsáveis políticos estadunidenses. O Diretor da Agência Central de Inteligência (D / CIA) é nomeado pelo presidente com o conselho e consentimento do Senado. O Diretor administra as operações, o pessoal e o orçamento da Agência Central de Inteligência.* (Original em inglês: *The CIA is an independent agency responsible for providing national security intelligence to senior US policymakers. The Director of the Central Intelligence Agency (D/CIA) is nominated by the president with the advice and consent of the Senate. The Director manages the operations, personnel, and budget of the Central Intelligence Agency.* Disponível em: <https://www.cia.gov/about-cia/today-cia>. Acesso em 01/02/2017.

¹⁴ *Ibidem*, p. 17.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Idem*.

ainda, a adoção de um *software* de criptografia, a fim de que mantivessem contato de maneira segura.

Apesar desses alertas, Greenwald relata que demorou sete semanas até que decidisse se dedicar à utilização da ferramenta criptográfica, rementendo a Snowden um e-mail, em 28 de janeiro de 2013, alertando-o que em no máximo dois dias manteria contato, devidamente amparado por essa espécie de programa¹⁷. A promessa, entretanto, não foi cumprida.

Tempo depois, em 18 de abril de 2013, Greenwald recebeu uma mensagem de Laura Poitras¹⁸, requisitando-lhe um encontro pessoal, que foi marcado para o dia seguinte, na cidade de Nova York. Nessa reunião, Poitras lhe confidenciou que havia recebido uma série de e-mails anônimos, dando conta da existência de um programa de espionagem mantido pelos Estados Unidos contra os próprios cidadãos e do resto do mundo. O autor das mensagens afirmava possuir, ainda, acesso a documentos ultrassecretos, capazes de comprovar as informações que anunciava.

Desde então Greenwald aceitou trabalhar com Poitras. Assim, no final do mês de maio de 2013, recebeu em sua casa, localizada no Rio de Janeiro, remetido por um especialista em tecnologia em quem ambos confiavam, uma encomenda contendo dois *pens drives* USB, acompanhado de instruções detalhadas de como utilizar programas de computador destinados a garantir segurança nas comunicações. A partir disso, manteve, em ambiente informático seguro, contato com Poitras, que lhe confidenciou a possibilidade de terem de ir até Hong Kong para encontrar a fonte dos e-mails anônimos¹⁹.

Na semana do dia 20 de maio de 2013, Greenwald foi contatado diretamente pela fonte mencionada por Poitras, via e-mail, iniciando com ela uma conversa protegida por *softwares* de criptografia. Nessa conversa, além da insistência de um encontro físico em Hong Kong, esclareceu a fonte – que viria a se revelar como

¹⁷ *Ibidem*, p. 19.

¹⁸ Laura Poitras, documentarista, escritora e cineasta norte-americana, é conhecida por possuir, em conjunto com Glenn Greenwald, todos os inúmeros documentos entregues por Edward Snowden referentes ao programa de vigilância global da Agência de Segurança Nacional Americana (NSA). Além disso, foi vencedora do Oscar de melhor documentário, com a obra *Citizenfour*, em que aborda a extensão da vigilância global e da espionagem levada a cabo pelos Estados Unidos, documentando, ainda, os encontros que manteve com Snowden durante o processo de revelação de referido programa de vigilância. Referência disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Laura_Poitras. Consulta em 05/01/2017.

¹⁹ *Ibidem*, p. 25/26.

Edward Snowden – suas intenções e preocupações com os constantes contatos mantidos com os jornalistas. Assim consignou:

Quero iniciar um debate mundial sobre privacidade, liberdade na internet e os perigos da vigilância estatal. Não tenho medo do que vai acontecer comigo. Já aceitei que minha vida provavelmente vai terminar se eu fizer isso. Estou em paz. Sei que é a coisa certa a fazer. (...). Meu único medo é que as pessoas vejam esses documentos, deem de ombros e digam: já imaginávamos que isso estivesse acontecendo, e não estamos nem aí. A única coisa que me preocupa é fazer isso a troco de nada²⁰.

A partir desse diálogo iniciou-se o desvelamento do maior programa de interceptação e armazenamento de dados pessoais conhecido na história. A fim de comprovar as ilações realizadas, Snowden remeteu a Greenwald um arquivo com mais ou menos 25 documentos, informando que o contido neles indicava apenas uma pequena parte do que tinha a revelar: a “*ponta do iceberg*”, nas palavras do analista de sistemas²¹.

Os documentos recebidos por Greenwald estavam classificados como ultrassecretos (*top secret*), eram relacionados à inteligência de comunicações (*communications intelligence, COMINT*) e não deveriam ser distribuídos para estrangeiros, sejam cidadãos, sejam organizações internacionais ou parceiros de coalizão (*no foreign nationals, NOFORN*). Tais escritos encerravam comunicações altamente confidenciais da NSA, dando conta, por exemplo, de: a) programas de computador que permitiam desde a coleta direta dos servidores de determinados provedores de serviço e de funcionalidade de internet norte-americanos, a exemplo da Microsoft, Yahoo!, google, Facebook, AOL, Skype, Youtube e Apple, sendo indicado ainda, via gráficos, a data de entrada de cada empresa no programa de fornecimento de dados; bem como de b) um manual de treinamento para agentes da NSA, indicando quais as espécies de informações poderiam ser solicitadas através desses programas (endereços de e-mail, dados de localização de IP, números de telefone), bem como os tipos de dados retornados nas pesquisas (conteúdo dos e-mails, “metadados” telefônicos, logs de chats)²².

De posse dessas informações, Greenwald viajou do Rio de Janeiro à Nova York, em 31 de maio de 2013, a fim de se encontrar com Poitras. Depois disso, ambos

²⁰ *Ibidem*, p. 28.

²¹ *Ibidem*, p. 29.

²² *Ibidem*, p. 29/30.

viajaram até Hong Kong, na data de 02 de junho de 2013, com o objetivo de se reunirem com a fonte responsável pelos e-mails anônimos.

Tal encontro se deu no Hotel Mira, no dia 03 de junho de 2013. Snowden contava com 29 anos, tendo Greenwald descrito que *“ver que a fonte daquele espantoso acervo de material da NSA era um homem tão jovem foi uma das experiências mais desconcertantes que já tive”*²³. A partir de então, Greenwald iniciou a captura, *in loco*, de informações acerca da vida privada e profissional de Edward Snowden, bem como daqueles referentes aos programas de espionagem norte-americanos – motivo principal, inclusive, das reuniões levadas a cabo daquele momento em diante.

No que toca a vida pessoal e profissional de Edward Snowden, Greenwald descreveu ter o analista de sistemas nascido na Carolina do Norte e sido criado em Maryland, em uma família de classe média baixa de funcionários públicos federais. Teria ainda se sentido muito pouco desafiado no ensino médio, nunca o tendo concluído, vez que se interessava mais pela internet do que pelas aulas²⁴. A trajetória profissional, por sua vez, foi descrita a partir de seu alistamento, com 20 anos de idade, no exército norte-americano, a fim de combater na Guerra do Iraque. Depois de um acidente ocorrido durante os treinamentos militares, retornou aos Estados Unidos, tendo assumido, em 2002, o cargo de segurança no Centro de Estudos Avançados em Linguagem da Universidade de Maryland, descrito como um edifício secretamente administrado pela NSA. Em 2005, galgou a função de prestador de serviços como especialista em tecnologia na CIA, conquistando, em 2006, uma vaga no quadro de funcionários dessa agência. Em 2007, mudou-se para Genebra, na Suíça, figurando como o maior especialista em tecnologia e cibersegurança do país, prestando serviços ao governo estadunidense, momento no qual começou a ter contato com atividades espúrias patrocinadas pelo Estado norte-americano, mormente quanto a captação de informações confidenciais. Permaneceu em Genebra até o ano de 2010.

Sua saída de Genebra coincidiu com a decisão de não mais trabalhar para a CIA – momento no qual também começou a arquitetar uma possível delação dos abusos perpetrados pela agência de inteligência. Como justificativa para não ter agido à época, afirmou que: *quando você traz à tona segredos da CIA, pode prejudicar*

²³ *Ibidem*, p. 46.

²⁴ *Ibidem*, p. 49.

*peessoas. Isso eu não estava disposto a fazer. Mas, quando você expõe os segredos da NSA, está prejudicando apenas sistemas abusivos. Com isso eu me sentia muito mais confortável*²⁵.

Snowden retornou, então, à NSA, como terceirizado da Dell Corporation, que prestava serviços à agência²⁶. Residiu no Japão, operando por tal empresa de computação, até o ano de 2011. Após, retornou aos Estados Unidos, laborando outra vez em favor da CIA, novamente no estado de Maryland, período que afirma ter percebido que *“eles estavam criando um sistema cujo objetivo era eliminar toda a privacidade, em nível global. Tornar impossível a qualquer ser humano se comunicar eletronicamente com outro sem que a NSA pudesse coletar, armazenar e analisar a comunicação”*²⁷. Em 2012 foi transferido, ainda trabalhando para a CIA através da Dell, para o Havaí. Nesse tempo já havia decidido tornar-se um delator. Gastou a maior parte do tempo nesse local baixando documentos que pudessem descrever os sistemas que compunham o aparato de vigilância.

No início de 2013, resoluto em expor as atividades ilegítimas da NSA e angariar o maior número de documentos possíveis, buscou ser nomeado para o cargo de analista de infraestrutura, algo impossível enquanto trabalhasse para a Dell. Dessa forma, se candidatou a uma vaga na Booz Allen Hamilton, empresa prestadora de serviços na área da defesa dos Estados Unidos. Através desse emprego obteve acesso a todas as informações que julgava ainda necessárias para desvelar, por completo, o *monitoramento secreto realizado pela NSA de toda a infraestrutura doméstica de telecomunicações dos Estados Unidos*²⁸.

Por fim, em maio de 2013, após solicitar, perante a empregadora, uma licença para tratamento de saúde, viajou à Hong Kong, onde se hospedou e de onde não mais saiu até a chegada dos jornalistas. A escolha por Hong Kong, justificou, se deu por acreditar ser este o lugar que lhe conferiria a melhor combinação de segurança física e força política²⁹.

A chegada dos jornalistas, consoante relatado, no início de junho de 2013, iniciou a temporada de coleta de informações, bem como de seleção daquilo que seria exposto ao público. Greenwald relata que Snowden confiava nos jornalistas para a

²⁵ *Ibidem*, p. 52.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Ibidem*, p. 57.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 58.

escolha dos documentos que *“as pessoas precisam ver e que podem ser revelados sem prejudicar nenhum inocente”*³⁰, gerando assim um importante e válido debate acerca do tema. Além disso, teria Snowden optado por não simplesmente divulgar os documentos na internet, a fim de que as informações fossem de fato compreendidas pelos cidadãos, algo mais acessível através da abordagem jornalística.

Após a tomada de diversos depoimentos, seguido da análise de documentos e de tratativas entre os jornalistas e os veículos de mídia a que estavam vinculados, no dia 06 de junho de 2013, a página eletrônica do jornal Guardian US (vertente americana do jornal inglês *The Guardian*) veiculou a primeira de uma série de reportagens acerca do programa de espionagem estadunidense, ostentando a matéria inicial o seguinte título: *“NSA faz coleta diária dos registros telefônicos de milhões de clientes da Verizon”*, seguida do subtítulo: *“Exclusivo: ordem judicial ultrassecreta obriga Verizon a ceder todos os dados telefônicos e revela a escala da vigilância doméstica do governo Obama”*³¹. Um resumo da reportagem, que informava a captação dos dados telefônicos armazenados pela Verizon – uma das maiores operadoras de telefones móveis dos Estados Unidos³² – pela NSA, amparada por uma ordem judicial de caráter sigiloso, é assim descrito por Greenwald:

*A Agência de Segurança Nacional coleta atualmente os registros telefônicos de milhões de clientes norte-americanos da Verizon, uma das maiores operadoras de serviços de telecomunicações dos Estados Unidos, em cumprimento a uma ordem judicial ultrassecreta emitida em abril. Essa ordem, da qual o Guardian obteve uma cópia, exige que a empresa entregue à NSA, de forma “contínua e diária”, informações sobre todas as chamadas realizadas em seu sistema, tanto dentro dos Estados Unidos quanto entre os Estados Unidos e outros países. O documento mostra, pela primeira vez, que no governo Obama os registros das comunicações de milhões de cidadãos estão sendo coletados de forma indiscriminada e generalizada, independentemente de eles serem suspeitos de alguma contravenção”*³³.

O impacto observado com a publicação da matéria foi gigantesco, figurando a reportagem do *Guardian US* como tema absoluto dos debates políticos e jornalísticos, bem como dos telejornais daquele dia. A Casa Branca, por sua vez,

³⁰ *Ibidem*, p. 61.

³¹ Publicação original em inglês disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/nsa-phone-records-verizon-court-order>. Acesso em 08/07/2016.

³² Disponível em: <http://www.verizon.com/about/our-company/who-we-are>. Acesso em 01/02/2017.

³³ GREENWALD, Glenn. *Op. cit.*, p. 78.

reagiu à publicação declarando que o programa de coleta generalizada importava em uma “*ferramenta crítica para proteger o país de ameaças terroristas*”³⁴.

A ordem judicial ultrassecreta referida na matéria acerca dos registros telefônicos da Verizon diz respeito à atuação de um Tribunal específico, criado pelo denominado *Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 – FISA*³⁵, com a finalidade de supervisionar a atividade da NSA. Consoante afirma Greenwald:

*A lei de emendas FISA, de 2008, é hoje a legislação que rege a vigilância da NSA. Possibilitada por um Congresso bipartidário na esteira do escândalo dos grampos não autorizados da NSA na era Bush, um de seus principais resultados foi legalizar efetivamente os pontos cruciais do programa ilegal do ex-presidente. Como o escândalo revelou, Bush havia concedido uma autorização secreta à NSA para grampear cidadãos americanos e estrangeiros dentro dos Estados Unidos, justificada pela necessidade de identificar atividades terroristas. A ordem eliminou a necessidade de obter os mandados aprovados judicialmente em geral necessários para a espionagem doméstica, e resultou na vigilância secreta de no mínimo milhares de pessoas dentro do país. (...) Ela tem por base uma distinção entre “indivíduos dos Estados Unidos” (cidadãos norte-americanos e pessoas que estejam legalmente em território norte-americano) e todos os outros. Para ter como alvo as ligações ou os e-mails de um indivíduo dos Estados Unidos, a NSA precisa de um mandado específico do tribunal da FISA. Para todas as outras pessoas, porém, onde quer que estejam não é necessário nenhum mandado específico, mesmo que elas estejam se comunicando com indivíduos dos Estados Unidos. Pela seção 702 da lei de 2008, a NSA só precisa submeter uma vez por ano ao tribunal da FISA as suas diretrizes gerais relativas aos alvos daquele ano – o critério exige apenas que a vigilância “auxilie a coleta legítima de inteligência estrangeira – de modo a receber a autorização geral para prosseguir. Depois que essas diretrizes recebem o carimbo de aprovadas do tribunal da FISA, a NSA pode eleger como alvo de vigilância qualquer cidadão estrangeiro que quiser, e também obrigar empresas de telefonia e de internet a lhe dar acesso a todas as comunicações de qualquer pessoa não americana: chats do Facebook, e-mails do Yahoo!, buscas do Google. Não é preciso convencer o tribunal de que a pessoa é culpada de alguma coisa, nem mesmo de que existe motivo para desconfiar do alvo, e tampouco filtrar os indivíduos dos Estados Unidos que acabarem sendo vigiados pelo meio do caminho*³⁶.

A próxima matéria foi publicada, inicialmente, pelo jornal *The Washington Post*, com o objetivo de antecipar a matéria preparada pelo *Guardian US*, a fim de realizar um “furo jornalístico”. Com o título “Inteligência dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha coleta dados de nove empresas norte-americanas de internet em amplo programa secreto”³⁷, revelava que “a Agência de Segurança Nacional e o FBI estão

³⁴ *Ibidem*, p. 78-79.

³⁵ Tradução livre: *Lei de Vigilância de Inteligência Estrangeira de 1978*.

³⁶ GREENWALD, Glenn. *Op. cit.*, p. 81-82.

³⁷ Publicação original em inglês disponível em: <https://www.washingtonpost.com/investigations/us-intelligence-mining-data-from-nine-us-internet-companies-in-broad-secret-program/2013/06/06/3a0c0>

*acessando diretamente os servidores centrais de nove das maiores empresas de internet dos Estados Unidos para obter chats de áudio e vídeo, fotos, e-mails, arquivos e logs de conexão que permitam aos analistas rastrear alvos estrangeiros*³⁸. A matéria redigida para o *Guardian US* foi publicada logo depois, tendo como enfoque, entretanto, as negativas das empresas apontadas como coniventes com a captação de dados, feitas após contato prévio do veículo de comunicação com as companhias indicadas na notícia³⁹.

Esse acesso imediato dos servidores das empresas de internet foi possibilitado por meio de um programa de vigilância denominado *Prism*, em funcionamento, de acordo com os documentos revelados por Snowden, desde 2007. Detalhes sobre a operação específica de cada *software* utilizado para captação de dados pessoais serão fornecidos em sessão específica desse capítulo.

Greenwald relata a reação do público com a divulgação da reportagem acerca do *Prism* como um “*choque de dimensão mundial*”, visto que, conjugada com a primeira matéria acerca da captação de dados a partir dos dados armazenados pela Verizon, indicava não um evento isolado, mas sim uma séria atuação da NSA em busca de dados pessoais.

O desvelamento dessa rede complexa de captação, armazenamento e tratamento de dados pessoais continuou com a publicação de reportagem que denunciava uma *diretriz presidencial ultrassecreta, assinada pelo presidente Obama em novembro de 2012, ordenando ao Pentágono e a outras agências correlatas que se preparassem para uma série de operações cibernéticas e agressivas mundo afora*⁴⁰. Em tal reportagem⁴¹, restou evidenciado que o chefe máximo do executivo Estadunidense, além de ciente das operações desenvolvidas para captação de dados em larga escala, expedia ordens diretas para que ataques cibernéticos fossem perpetrados, com o simples critério de que tais atendessem aos “*objetivos nacionais dos Estados Unidos da América ao redor do mundo*”⁴².

da8-cebf-11e2-8845-d970ccb04497_story.html?hpid=z1&utm_term=.a09eb17b9458. Acesso em 09/07/2016.

³⁸ *Ibidem*, p. 84.

³⁹ Publicação original em inglês disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2013/sep/05/nsa-gchq-encryption-codes-security>. Acesso em 09/07/2016.

⁴⁰ GREENWALD, Glenn. *Op. cit.*, p. 88.

⁴¹ Publicação original em inglês disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/07/obama-china-targets-cyber-overseas>. Acesso em 09/07/2016.

⁴² Tradução livre de: “*In the presidential directive, the criteria for offensive cyber operations in the directive is not limited to retaliatory action but vaguely framed as advancing “US national objectives*

A próxima revelação feita por meio jornalístico⁴³ disse respeito ao programa denominado BOUNDLESS INFORMANT, utilizado pela NSA para rastreamento de dados mediante coleta, armazenamento e tratamento de bilhões de e-mails e chamados telefônicas obtidos da estrutura estadunidense de comunicações⁴⁴.

Depois dessa série de reportagens, foi a vez de Edward Snowden ser apresentado ao mundo como a fonte de vazamento dos documentos comprobatórios das atividades ilegítimas de espionagem. Isso ocorreu no dia 09 de junho, mediante matéria publicada na edição eletrônica do *Guardian US*, intitulada “*Edward Snowden: o delator responsável pelas revelações sobre a vigilância da NSA*”⁴⁵. Tal reportagem era ladeada por um vídeo de 12 minutos feito com Snowden, em que descrevia os motivos e objetivos que o levaram a delatar o programa de espionagem.⁴⁶

A partir da revelação de sua identidade, Snowden iniciou os preparativos para sair de Hong Kong e se esconder, a fim de que não fosse preso pelas autoridades americanas. Assim o fez: após se separar de Greenwald, entrou em contato com ele por mensagem eletrônica, afirmando que conseguira sair do hotel onde estava hospedado, e ficaria incógnito até conseguir asilo político em algum lugar seguro⁴⁷.

1.1.2 PROGRAMAS DE VIGILÂNCIA

Até o momento foram detalhados os incidentes que levaram ao desvelamento do imenso programa de espionagem mantido, primordialmente, pelos Estados Unidos da América, a fim de capturar dados pessoais de milhões de indivíduos ao redor do planeta. A contribuição de Edward Snowden para com os jornalistas responsáveis pelas publicações das matérias em veículos de comunicação foi devidamente esmiuçada, a fim de que se compreenda o panorama em que foram revelados os detalhes do programa, bem como a cronologia que envolveu a completude dos fatos.

around the world”. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/07/obama-china-targets-cyber-overseas>. Acesso em 09/07/2016.

⁴³ Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/08/nsa-boundless-informant-global-datamining>. Acesso em 10/07/2016.

⁴⁴ GREENWALD, Glenn. *Op. cit.*, p. 88.

⁴⁵ Tradução livre de: *Edward Snowden: the whistleblower behind the NSA surveillance revelations*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance>. Acesso em 09/07/2016.

⁴⁶ GREENWALD, Glenn. *Op. cit.*, p. 91.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 95.

No presente tópico, o foco de abordagem se volta às “ferramentas em si”, entendidas como os mecanismos utilizados pelo governo norte-americano para efetivar essa colheita e tratamento dos dados pessoais. As aplicações para tais fins são diversas, sendo agora relatadas aquelas com maior relevância e impacto – qualitativo e quantitativo – na atividade de vigilância estatal.

Algo comum a todos os programas empregados pelos Estados Unidos para promoção da vigilância é a centralidade destes projetos e *softwares* em um órgão específico, denominado Agência de Segurança Nacional (NSA). Os objetivos dessa agência foram expostos alhures, e, após as revelações feitas por Snowden, resta claro que seu maior objetivo consiste na captura e armazenamento de dados pessoais, a fim de fornecer subsídios para a atuação política estatal nas mais diversas áreas de interesse.

Antes de se adentrar propriamente na análise dos programas de vigilância, importante destacar que a atuação destes programas não se dá de maneira isonômica entre os países do globo. Isso porque os Estados Unidos, em conjunto com quatro outros países, formam uma aliança conhecida como *Five Eyes*, a partir da qual governos estrangeiros ajudam-se mutuamente nas atividades de espionagem. De acordo com Greenwald, a NSA possui três categorias diferentes de relações com países estrangeiros: a primeira diz respeito, justamente, ao contato com as nações que compõem o *Five Eyes* - Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Austrália e Nova Zelândia –, no qual os EUA espionam junto com esses países, mas raramente os espionam, a menos que solicitados pelos próprios Governos parceiros – tal cooperação é denominada por Greenwald de *cooperação abrangente*; a segunda, referente aos países com os quais a NSA trabalha em projetos de vigilância específicos, ao mesmo tempo em que os espiona de forma ampla – chamada de *cooperação focada*; e o terceiro, formado por países os quais os Estados Unidos espionam de maneira rotineira, mas com o quais quase nunca coopera⁴⁸.

No ambiente do *Five Eyes* o aliado mais próximo da NSA é a Central de Comunicações do Governo Inglês (GCHQ), ao qual os Estados Unidos teriam pago, de acordo com Snowden, no mínimo 100 milhões de libras, a fim de que tivessem acesso e influência nos programas de coletas de dados manejados por aquela agência⁴⁹.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 126.

⁴⁹ *Idem*.

Dentre as interações promovidas pelos países, interessante ressaltar as conferências anuais de Desenvolvimento de Sinais, nas quais apresentam os resultados da expansão de seus programas de vigilância. Além disso, programas específicos de vigilância também foram criados e mantidos por países integrantes dessa irmandade, a exemplo do sistema *Tempora*, desenvolvido pela GCHQ para acessar e armazenar um grande volume de dados extraídos de cabos de fibra ótica por até trinta dias, de modo que pudessem ser coletados e analisados. Além disso, programas visando quebra de criptografia também eram frequentemente fomentados pela agência britânica, com anuência e participação da NSA⁵⁰. Outrossim, encontramos exemplos de atividades de espionagem mantidas pelo Canadá – a exemplo daquela perpetrada em face do Ministério de Minas e Energia do Brasil, consoante se mencionará em tópico específico – e pela Austrália, tendo essa, inclusive, solicitado à NSA que intensificasse a vigilância sobre os cidadãos de seu próprio país, a fim de que fossem interceptadas comunicações de australianos considerados suspeitos por seu próprio governo⁵¹.

Ainda de maneira preliminar à análise dos programas de vigilância, deve ser ainda destacado o papel que o *Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 – FISA* ostenta para incremento e manutenção das atividades atentatórias aos dados pessoais mantidas pelos Estados Unidos. Por meio dessa normativa, se permite que a NSA, sem mandado individual, monitore o conteúdo das comunicações dos americanos, contanto que sejam feitas entre eles e um cidadão estrangeiro alvo de monitoramento. Além disso, impende salientar que o Tribunal da *FISA* autoriza quase que a totalidade das solicitações de vigilância apresentadas pela NSA: desde a sua criação, de 1978 a 2002, o Tribunal rejeitou o impressionante número de zero solicitações do governo, aprovando muitos milhares; na década compreendida entre 2002 e 2012, foram rejeitadas onze solicitações oficiais, e aprovados mais de 20 mil pedidos. Mais especificamente quanto aos anos de 2011 e de 2012, o Tribunal aceitou 1.676 e 1.788 solicitações, respectivamente, alterando parcialmente, em 2011, o conteúdo de 30 solicitações, e, em 2012, de quarenta, não negando qualquer deles⁵².

Por fim, imperiosa a classificação das espécies de informação coletadas pelos órgãos de vigilância, cuja divisão pode ser feita entre informação de “conteúdo” e

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Ibidem*, p. 129.

⁵² *Ibidem*, p. 135/136.

também “metadados”. A primeira significa, de fato, *escutar as chamadas telefônicas das pessoas, ler seus e-mails e chats, bem como ter acesso às suas ações na internet, como históricos de navegação e atividades de busca*⁵³. Os metadados, por sua vez, *envolve colher dados sobre essas comunicações (...). Metadados sobre um e-mail, por exemplo, incluem quem mandou mensagens para quem, quando a mensagem foi enviada e a localização de quem enviou*⁵⁴. Acerca das chamadas telefônicas, podem ser consignados como *os números de quem liga e de quem recebe a ligação, o tempo de duração da chamada e muitas vezes a localização e o tipo de aparelho usado pelos interlocutores*⁵⁵.

A NSA coleta ambas as espécies de informação, afirmando, entretanto, que a grande maioria dos dados são da espécie “metadados”, algo menos invasivo à privacidade. Entretanto, tal espécie de vigilância pode ser tão intrusiva quanto ou ainda mais na vida dos cidadãos⁵⁶, considerando que o mapeamento de todos os contatos telefônicos, tempo de ligação, destinatários de e-mail e local de envio das mensagens permite que se tenha uma noção muito acurada da vida dos indivíduos, bem como de suas preferências, além de informações íntimas e pessoais⁵⁷. Essa é, inclusive, uma das razões pelas quais Danilo Doneda aponta que haveria uma mudança qualitativa no tratamento de dados pessoais, visto que a utilização de métodos estatísticos e técnicas de inteligência artificial utilizadas para obter, a partir de registros pessoais, metainformações relativas a uma síntese de hábitos, preferências pessoais e outros registros de vida das pessoas, passam a representar, em verdade, a pessoa em si, ainda que virtualmente. Tal técnica é chamada pelo especialista em direito à proteção de dados pessoais de *profiling*⁵⁸.

⁵³ *Ibidem*, p. 139.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ Nesse sentido o relevante exemplo dado por Stefano Rodotà: *Consideremos, por exemplo, o caso das coletas de dados utilizada pelos poderes públicos para tomar decisões que dizem respeito a intervenções de diversos gêneros ou a programas de investimento. Sustenta-se que estas coletâneas, contendo exclusivamente dados agregados, não são perigosas para a privacidade, já que para esses dados não seriam necessários controles especiais ou o reconhecimento aos indivíduos de um direito de acesso. Porém, é fácil objetar que mesmo as coletâneas de dados anônimos podem ser manipuladas de forma gravemente lesiva aos direitos dos indivíduos: tenha-se em mente o uso que pode ser feito dos dados, agregados, que digam respeito a uma minoria racial ou linguística; ou às consequências de uma decisão política ou econômica tomada justamente com base na análise de dados anônimos.* in RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 140-141.

⁵⁸ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 173.

Feitas essas considerações, passa-se a uma análise dos programas de vigilância propriamente ditos, utilizados pela NSA, em conjunto ou não com países aliados, para promoção da vigilância em face dos cidadãos das mais diversas partes do globo, incluindo seu próprio povo.

O primeiro desses programas de espionagem recebeu o nome de *PRISM*. Por meio desse software, funcionários da NSA podiam adquirir, diretamente nos servidores das empresas de internet, informações por elas coletadas. Isso se dá, de acordo com os documentos apresentados por Snowden, através de uma parceria com grandes empresas americanas atuantes em ambiente informático, como a *Microsoft*, *Yahoo!*, *Google*, *Facebook*, *PalTalk*, *AOL*, *Skype*, *YouTube* e *Apple*⁵⁹.

O acesso irrestrito aos seus bancos de dados foi desmentido pelas empresas listadas nos documentos vazados por Snowden. Google e Facebook, por exemplo, afirmaram que os dados eram fornecidos tão somente a partir de mandados judiciais específicos, desclassificando o *PRISM* como um *software* sem muita importância, servindo apenas para o trânsito das informações cuja cessão advinha de obrigatoriedade judicial.

Os indícios existentes, entretanto, apontam em outra direção. Desde os recursos interpostos pelo *Yahoo!* – sistematicamente negados pelo Tribunal da *FISA* –, a fim de que não precisasse participar do programa, até os *slides* angariados por Edward Snowden, que demonstram a interface do programa que permite a pesquisa rápida de dados – e-mails, conversas (texto, vídeo e/ou voz), vídeos e fotos, por exemplo – e metadados – detalhes das redes sociais dos usuários, como volume de notícias “curtidas” e compartilhadas – nos mais diversos bancos de dados das empresas supracitadas, todos convergem para a conclusão de que o *PRISM* funcionava, em verdade, como um importante programa de espionagem, cuja utilização acarreta a coleta de importante quantidade de dados de usuários de internet, sem o seu consentimento.

Outro indício importante acerca da importância do *PRISM* diz respeito ao crescimento regular e significativo do volume de coleta de dados pessoais pela NSA: no ano de 2012, por exemplo, verificou-se o aumento da colheita de dados em 248% nos servidores pertencentes ao Skype; em 131% naqueles de titularidade do Facebook; e em 63% nos servidores do Google⁶⁰.

⁵⁹ GREENWALD, Glenn. *Op. cit.*, p. 117.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 118.

Há, por fim, indicativos de que certas companhias não compactuavam com a utilização desse sistema – a exemplo do citado *Yahoo!*, mas também do *Twitter* – e outras, não especificadas por Snowden, que chegaram inclusive a modificar os seus sistemas a fim de que se tornassem plenamente compatíveis com as atividades desenvolvidas através do *PRISM*.

Outro programa de grande importância para os objetivos de vigilância e controle mantidos pelos Estados Unidos é o denominado BOUNDLESS INFORMANT⁶¹. Conforme documentos angariados da NSA, tal programa possui o condão de, com precisão matemática, contabilizar todas as chamadas e todos os e-mails coletados todos os dias no mundo inteiro. Tais documentos demonstram, inclusive, que a capacidade do programa é tamanha que este quantificava, literalmente, bilhões de registros diariamente⁶².

Os dados expostos em relação a esse programa realmente impressionam: no período de um mês a partir de 08 de março de 2013, documento referente ao programa consignava que uma única unidade da NSA, chamada Global Access Operation (Operações de Acesso Global), tinha coletado dados sobre mais de 3 bilhões de chamadas telefônicas e e-mails que haviam transitado pelo sistema de telecomunicações norte-americano. Considerando as chamadas e e-mails trocados no mundo inteiro, referida unidade, no período de apenas trinta dias, coletou inacreditáveis 97 bilhões de e-mails e 124 bilhões de chamadas telefônicas. Detalhamento dessa atividade informava que dentre tais valores encontravam-se informações provenientes da Alemanha – 500 milhões, e Índia – 13,5 bilhões; além desses, coletas de metadados em parceria com os governos francês – 70 milhões, espanhol – 60 milhões, e italiano – 47 milhões, também constavam nos documentos expostos por Snowden⁶³.

Se isso não bastasse, franqueou Snowden ainda acesso a um documento que continha uma ordem ultrassecreta, emitida pelo Tribunal da *FISA* em 25 de abril de 2013, determinando que a *Verizon entregasse à NSA todas as informações sobre as ligações de seus clientes norte-americanos, os “metadados de telefonia”*⁶⁴.

⁶¹ Em tradução livre: *Informante ilimitado*.

⁶² GREENWALD, Glenn. *Op. cit.*, p. 99.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 100.

Essa capacidade de interpretação e contabilização dos dados levou Greenwald, inclusive, a afirmar, em relação ao BOUNDLESS INFORMANT:

Considerando em sua totalidade, o acervo de Snowden levava, em última instância, a uma conclusão bem simples: o governo dos Estados Unidos construiu um sistema cujo objetivo é a completa eliminação da privacidade eletrônica no mundo inteiro. Longe de ser uma hipérbole, esse é o objetivo literal e explicitamente declarado do Estado de vigilância: coletar, armazenar, monitorar e analisar todas as comunicações eletrônicas de todas as pessoas ao redor do mundo. A agência se dedica a uma missão maior: evitar que qualquer comunicação eletrônica, por mais ínfima que seja, fuja ao seu alcance sistemático⁶⁵.

O último dos programas cujo detalhamento se fará foi denominado de X-KEYSCORE. Definido como o *principal programa usado pela NSA para coletar, classificar e pesquisar informações de e conteúdos de e-mails, históricos de navegação, históricos de busca e chats, permite um salto radical no escopo dos poderes de vigilância da agência*⁶⁶. Isso porque tal programa permite, inclusive, o monitoramento em tempo real das atividades de um indivíduo na internet, permitindo a observância dos dados na hora em que são gerados e circulados.

Referido programa admite, ademais, a qualquer analista da NSA pesquisar as bases de dados do sistema por endereço de e-mail, número de telefone, além do Protocolo de Internet (IP). Possibilita também pesquisar e recuperar documentos e imagens anexadas, sejam em mensagens enviadas ou recebidas. Admite ainda a criação de listas completas de todas as visitas a um site específico feitas a partir de qualquer computador. Em suma: o *software X-KEYSCORE* permite a coleta de um largo espectro de informações pessoais dos indivíduos, específicas ou não, de maneira quase irrestrita, vez que, a exemplo do *PRISM*, acessa os dados constantes em servidores das mais importantes empresas atuantes na internet⁶⁷.

Ainda que um dos detalhes mais interessantes do programa resida na sua capacidade de coleta quase irrestrita de dados pessoais – documentos dão conta do recebimento de mais de 20 terabytes de informação por dia, e, em um período de trinta dias, para apenas uma unidade da NSA, do recebimento de 41 bilhões de registros⁶⁸ –, outra questão se eleva com considerável notoriedade: a facilidade com

⁶⁵ *Ibidem*, p. 101.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 162.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 162-165.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 169.

que o *software* acessado e as pesquisas postas em prática. Consoante define Snowden, *um analista com acesso ao X-KEYSCORE não precisa submeter nenhum pedido a um supervisor ou qualquer outra autoridade. Basta preencher um formulário básico para “justificar” a vigilância e o sistema devolve a informação solicitada*⁶⁹. Essa informação, inclusive, contempla, caso desejado, a leitura do conteúdo de e-mails, afirmando Snowden que *“sentado à minha mesa, eu podia grampear qualquer pessoa, de você a seu contador até um juiz federal ou mesmo o presidente; bastava ter um endereço de email pessoal”*⁷⁰.

Além desses três principais programas de vigilância, Greenwald listou tantos outros *softwares* utilizados pela NSA para captura e tratamento de dados pessoais, a exemplo do *TARMAC*, *SHELLTRUMPET* (que, em dezembro de 2012, processou seu trilionésimo registro), *BLARNEY*, *FAIRVIEW*, *OAKSTAR*, *STORMBREW*, *TEMPORA*, *MUSCULAR* e *STATEROOM*. Todos eles possuem grande importância e denotam a preocupação da NSA em desenvolver aparatos de coleta de dados pessoais; esmiucá-los, entretanto, não é o objetivo do presente trabalho.

Em verdade, resta claro, pelos programas analisados, os dados apresentados e a importância que os Estados Unidos, bem como os demais países componentes do *Five Eyes*, dão à questão da vigilância, que esta se coloca na ordem do dia, para análise e debate nas mais diversas áreas do conhecimento. Mais claro ainda é o achaque inacreditável aos dados pessoais, capturados e tratados sem qualquer critério e respeito por diversos Estados nação, em conluio com importantes empresas atuantes no meio informático. Os meios para deter essa ofensiva – mormente o papel do direito nessa latente realidade – serão ainda abordados no presente trabalho; mas antes, deve-se assim relatar como a coleta indiscriminada de dados pessoais impacta na realidade dos indivíduos, seja ele o cidadão comum, seja quanto ao destino econômico e político de uma nação.

1.2. IMPORTÂNCIA ECONÔMICA E POLÍTICA DA COLETA E TRATAMENTO DOS DADOS PESSOAIS: DO CIDADÃO COMUM À ELEIÇÃO PRESIDENCIAL NORTE-AMERICANA

⁶⁹ *Ibidem*, p. 166.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 167.

A apresentação do programa de espionagem estadunidense, ladeado por iniciativas de mesma espécie patrocinada por outros estados soberanos e amparada por diversos agentes privados captadores de dados pessoais, demonstra como a vigilância atinge e influencia, em maior ou menor grau, todos os cidadãos conectados às redes informáticas. Tal influência se deve não especificamente ao tratamento de todos os dados pessoais coletados, mas sim à possibilidade dessa utilização, voltada a gerar inclusão ou exclusão social, ferindo assim a igualdade garantida no texto constitucional. Nesse sentido o alerta de José Luis Bolzan de Moraes e Elias Jacob de Menezes Neto:

A sistemática coleta e processamento dos fluxos de informação possibilita a classificação pouco – ou nada – democrática das pessoas em categorias sociais de seu interesse. Com base na análise das informações de uma troca de e-mails, por exemplo, é possível – sem sequer ter acesso ao conteúdo da mensagem – classificar indivíduos em grupos específicos, classificações estas que possuem consequências significativas para suas vidas⁷¹.

Acredita-se, portanto, que o ganho político e econômico com a interceptação e efetivo tratamento dos dados de um único cidadão considerado “comum” – detentor de emprego fixo, adepto de corrente religiosa aceita no meio social, inserido em família tradicionalmente constituída e praticante dos meios de vida econômicos e culturais admitidos tanto pela sociedade quanto pelo governo –, seja praticamente nulo, razão pela qual faleceria o interesse específico nessa atividade singular. Entretanto, a classificação de uma pluralidade de indivíduos, em grupos a partir dos quais resta possibilitada a gestão de políticas mais ou menos inclusivas ou discriminatórias, atreladas à divulgação mais ou menos transparentes de sua legitimidade e de seus efeitos, indica qual o real interesse desses programas na captação de dados⁷².

A mesma lógica pode ser aplicada à seara econômica. Os Estados Unidos usam a NSA, por exemplo, para espionar as estratégias de planejamento de outros países durante discussões sobre comércio e economia, podendo obter, assim,

⁷¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. e MENEZES NETO, Elias Jacob de. *A insuficiência do marco civil da internet na proteção das comunicações privadas armazenadas e do fluxo de dados a partir do paradigma da surveillance*. in **Marco Civil da Internet**. George Salomão Leite e Ronaldo Lemos (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2014, p. 419.

⁷² Sobre a questão, verificar os apontamentos acerca dos conceitos de ban-óptico e sinóptico, expostos no capítulo 3 deste trabalho.

enorme vantagem para a indústria norte-americana⁷³. Além disso, o *lobby* das empresas de vigilância defensiva é gigantesco, interessadas na alocação dos recursos governamentais em seus cofres pessoais, explorando, para tanto, o suposto terror da era pós-11 de setembro⁷⁴.

A questão da segurança, em verdade, é utilizada como o principal argumento para justificar os programas de vigilância mantidos pelos Estados Unidos. Sob o fundamento de se defender contra atos de terrorismo, a vigilância é estendida aos “cidadãos comuns”, a fim de sobre eles se espriar, aumentando ainda mais o poder dos captadores de dados pessoais. Nesse sentido a lição de Greenwald:

Um dos principais argumentos usados para justificar a vigilância – que ela é para o bem da população – baseia-se na projeção de uma visão de mundo que divide os cidadãos em categorias de pessoas boas e pessoas más. Segundo essa noção, as autoridades usam seus poderes de vigilância apenas contra as pessoas más, as que estão “fazendo algo errado”, e só elas têm algo a temer em relação à invasão de sua privacidade. (...) Para muita gente, esse argumento funciona. A percepção de que a vigilância invasiva se limita apenas a um grupo marginalizado e merecedor formado por quem está “fazendo algo errado” – os maus – garante que a maioria aceite ou até incentive o abuso de poder. Mas essa visão parte de um grande mal-entendido em relação aos objetivos que movem todas as instituições de autoridade. Aos olhos dessas instituições “fazer algo errado” abarca muito mais do que atos ilegais, comportamentos violentos e complôs terroristas. Tipicamente, o conceito se estende a qualquer dissidência significativa e qualquer contestação verdadeira. Equiparar a dissidência a estar fazendo algo errado, ou no mínimo a uma ameaça, faz parte da natureza da autoridade. A história está repleta de exemplos de grupos e indivíduos vigiados pelo governo por causa de suas visões dissidentes e de seu ativismo: Martin Luther King, o movimento em prol dos direitos civis, ativistas contrários à guerra, ambientalistas. Aos olhos do governo e do FBI de J. Edgar Hoover, todos eles estavam “fazendo algo errado”: exercendo uma atividade política que ameaçava a ordem dominante⁷⁵.

Não é segredo de que, desde o atentado de 11 de setembro de 2001, ocorrido nos Estados Unidos, esse país passou a adotar um discurso voltado ao incremento da segurança; entretanto, consoante mencionado acima, o alcance tomado pelos programas de vigilância ultrapassa, em muito, a mera preocupação com renovados atos terroristas. Conforme bem explicita Greenwald, *interceptar as comunicações da gigante Petrobras, espionar sessões de negociação em uma cúpula econômica, ter como alvo os líderes democraticamente eleitos de países aliados ou coletar todos os*

⁷³ GREENWALD, Glenn. *Op. cit.*, p. 147.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 180.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 195.

*registros de comunicação dos americanos não tem qualquer relação com o terrorismo*⁷⁶

Na área privada, uma das atividades mais rentáveis e difundidas no ambiente informático diz respeito à propaganda direcionada, ou, ainda, *marketing* direcionado, que busca fomentar uma atividade cada vez mais intensa de comércio praticado através da internet – o chamado *e-commerce*. Leandro Velloso define o conceito de comércio eletrônico como o *novo meio de comércio para vender, comprar, trocar produtos entre si, enfim, comercializar, mas agora através da rede mundial de computadores, com um baixo custo, um grande mercado, um grande alcance, ultrapassando fronteiras em segundos...*⁷⁷.

O *marketing* direcionado funciona mediante a coleta e tratamento de dados pessoais, gerando, em retorno, anúncios personalizados aos potenciais consumidores. Dentre os dados pessoais coletados encontram-se as buscas promovidas na internet, bem como das páginas visitadas pelos usuários, recolhidos através de *cookies*⁷⁸ de aceitação obrigatória.

Acerca da ameaça aos dados pessoais e a privacidade dos indivíduos decorrente deste tipo de atividade, valiosa a lição de Carlos Affonso Pereira de Souza, ao relatar o caso da empresa DoubleClick, ocorrido em meados dos anos 2000. Nesse sentido afirma que:

Para que se possa mensurar a ameaça à privacidade representada pela utilização de tais arquivos, cumpre lembrar o caso da tecnologia DART, desenvolvida pela DoubleClick, cuja repercussão o transformou no expoente de toda a discussão sobre os limites do marketing direcionado e suas implicações relativas à privacidade do usuário na internet. A DoubleClick fornece para os sites afiliados à sua rede, a DoubleClick Network, ferramentas para que a publicidade exposta por tais sites (geralmente mediante a utilização de banners) possa estar diretamente relacionada às preferências de seus usuários, através do desenvolvimento de cookies gerados nos computadores individuais. A informação armazenada através de um cookie é denominada clickstream data ou transaction-generated information, a qual pode incluir a especificação sobre quais páginas eletrônicas o usuário visitou, por quanto tempo o mesmo lá permaneceu, além de dados sobre qualquer compra ou demais atividades nas quais o indivíduo

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ VELLOSO, Leandra. *A garantia de aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet*. in **Marco Civil da Internet**. George Salomão Leite e Ronaldo Lemos (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2014, p. 609.

⁷⁸ Os cookies são arquivos de internet que armazenam temporariamente o que o internauta está visitando na rede. Esses bytes geralmente possuem formato de texto e não ocupam praticamente nenhum espaço no disco rígido do computador. Não há limite para quais informações os cookies podem armazenar. Disponível em: <https://seguranca.uol.com.br/antivirus/dicas/curiosidades/o-que-sao-cookies-e-como-eles-podem-me-prejudicar.html#rmcl>. Acesso em 15/01/2017.

tenha participado. Certamente a possibilidade de personalizar a experiência da Internet é um dos fatores positivos resultantes da utilização de cookies, todavia, existe séria afronta ao direito de privacidade do internauta quando as informações colhidas por um cookie são utilizadas de forma a compor um perfil ou caráter do indivíduo, podendo ocasionar até mesmo repercussões em suas atividades fora do espaço da rede mundial de computadores. Por vários anos a DoubleClick coletou dados dos usuários dos sites pertencentes à sua rede comercial, tendo depositado um cookie nos computadores sempre que eles se deparavam com uma publicidade nas páginas eletrônicas. Os cookies contêm um número único que os identifica, possibilitando o reconhecimento do usuário quando de seu retorno àquele site (bem como o levantamento de suas preferências). Através da denominada tecnologia DART a DoubleClick é então capaz de disponibilizar publicidade direcionada ao perfil do usuário tendo por base a leitura daqueles arquivos previamente depositados no computador pessoal. A atenção dos grupos de defesa da privacidade perante os novos meios de comunicação foi centrada na DoubleClick quando referida empresa anunciou que iria cruzar os dados coletados de seus usuários com os colhidos por outra empresa, a Abacus Direct Corporation, cujos bancos de dados reportam informações sobre hábitos de consumo de 88 milhões de pessoas, resultantes de transações realizadas fora do ambiente de Internet. Esse fato ocasionou uma investigação por parte do FTC – Federal Trade Commission, tendo a DoubleClick desistido, em março de 2000, de prosseguir em seu projeto de relacionar os dados pessoais que possuía com os colhidos pelos cookies para fins de publicidade. O caso da DoubleClick demonstrou como os limites entre o direito à vida privada e o desenvolvimento de atividades de marketing e publicidade na Internet ainda carecem de uma melhor definição frente aos avanços⁷⁹.

A despeito do relatado pelo autor, informando que a empresa DoubleClick teria desistido da promoção de um cruzamento intenso de dados pessoais por ela captados com aqueles armazenados em bancos de dados de outras companhias, deve-se salientar que na atualidade tal prática tem se mostrado comum, ainda que entre os dados armazenados nos próprios bancos de cada agentes comercial, mediante a promoção indiscriminada de formação de perfis a partir de toda interação mantida entre o usuário e o site captador de dados pessoais.

Além disso, a prática do *marketing* direcionado se torna rentável apenas se o *software* responsável pela captação de dados agir em desfavor de todos os usuários da internet, permitindo assim, ao mesmo tempo, uma personalização individual das propagandas, mas como aplicabilidade a milhares de usuários que navegam por diferentes páginas de internet.

Além dessa modalidade de captação e utilização econômica de dados pessoais, deve se ressaltar também aquela decorrente do vazamento e do comércio

⁷⁹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O progresso tecnológico e a tutela jurídica da privacidade**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista de Direito, Estado e Sociedade, v. 9, n. 16, p. 6-39, jan-jul, 2000, p. 24-25.

de dados captados dos usuários. A fim de se ilustrar tal afirmação, toma-se por base fato de grande repercussão, referente ao vazamento de dados armazenados pela empresa *Yahoo!* após um ataque de *hackers* aos seus servidores, comprometendo aproximadamente os dados pessoais de 200 milhões de usuários. Desse ataque, alegava a companhia que um *hacker* chamado *Peace* estaria vendendo, pelo mercado negro da internet, acesso a dados de 200 milhões de contas, pelo valor de US\$ 1.800,00. Pouco tempo depois, a mesma plataforma de internet afirmou ter sido alvo de novo ataque de *hackers*, em que estes tiveram acesso a informações privadas de 500 milhões de usuários. Dessa vez, entretanto, afirmou o *Yahoo!* que a atividade dos *cyberterroristas* teria sido patrocinada por algum Estado-Nação⁸⁰.

A demonstração de como os dados pessoais de cidadãos comuns interessam aos poderes atuantes no mercado restou clara; entretanto, não são apenas esses indivíduos que sentem o impacto dessa atividade: até postos políticos de extrema relevância para a atual conformação geopolítica foram recentemente influenciados pelo tratamento de dados difundidos pela internet. O exemplo mais emblemático dessa influência diz respeito a corrida presidencial estadunidense.

A eleição presidencial norte-americana configurou um dos fatos mais marcantes do ano de 2016. Em disputa acirrada, e depois de 8 anos de governo Democrata, Donald John Trump, candidato do Partido Republicano, foi eleito o 45º Presidente dos Estados Unidos da América⁸¹, derrotando a candidata do Partido Democrata, Hillary Clinton.

Vários foram os fatores que influenciaram a corrida presidencial. Com o slogan “*Make America great again*”⁸², Trump insistia, por exemplo, na derrocada do *Obamacare* – lei editada durante o governo de Barack Obama para a área de saúde, a qual buscava que todo cidadão estadunidense tivesse plano de saúde –, enquanto Hillary indicava a manutenção desta normativa, estendendo, ainda, o programa para a população mais pobre. Trump ficou marcado, ainda, pelas propostas de proteção aos nativos estadunidenses, com o consequente impedimento do avanço do Islamismo radical e da entrada de imigrantes ilegais em solo norte americano – com

⁸⁰ Disponível em: <http://exame.abril.com.br/tecnologia/hackers-roubaram-informacoes-de-500-mi-de-usuarios-do-yahoo/>. Acesso em 16/01/2017.

⁸¹ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/11/1830660-trump-atropela-previsoes-e-e-o-45-presidente-dos-eua-diz-agencia.shtml>. Acesso em 10/12/2016.

⁸² Tradução livre: “*Faça a América grande novamente*”.

destaque para a política em relação ao México, prometendo a construção de um muro na fronteira entre os dois países, obrigando o Mexicano a pagar pela obra⁸³.

Nada obstante o peso das promessas de campanha para o resultado da eleição, não apenas as propostas lançadas pelos candidatos tiveram valor fundamental na decisão dos eleitores, mas também os escândalos desvelados durante as campanhas, e que influenciaram, em alguma medida, o resultado do pleito.

Donald Trump teve revelado pelo Jornal *The Washington Post*⁸⁴, durante a campanha, um vídeo gravado no ano de 2005, no qual se refere às mulheres em termos vulgares e degradantes, provocando a reação, inclusive, de líderes de seu próprio partido⁸⁵. Hillary Clinton, adversária na corrida presidencial, se manifestou por meio da rede social *Twitter*, afirmando, em relação ao vídeo, que *Isso é horrível. Não podemos permitir que esse homem se torne presidente*⁸⁶.

Tal fato, ainda que relevante, parece não ter superado o escândalo envolvendo a candidata Hillary Clinton: a utilização de um servidor privado para comunicação eletrônica oficial, enquanto ocupou o cargo de Secretária de Estado, entre 2009 e 2013.

A candidata democrata, ao ter dispensado o e-mail oficial dos ocupantes de cargos no governo norte-americano (*@state.gov*), enviou ou recebeu certa de 61 mil mensagens, muitas delas classificadas como secretas ou supersecretas. Dessa forma, ao tê-las hospedado em um servidor privado, manteve vulnerável conteúdo relativo a segurança nacional, expondo-o a ataques, por exemplo, de *hackers*, patrocinados por governos internacionais ou não.

A investigação foi conduzida pelo FBI, que identificou 65 e-mails classificados como secretos e 22 e-mails como supersecretos. Sobre a questão, alguns especialistas, funcionários e membros do Congresso alegaram que o uso de um servidor privado para troca de mensagens oficiais violava os protocolos e procedimentos do Departamento de Estado, bem como as leis e regulamentos

⁸³ Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2016/noticia/2016/06/hillary-x-trump-compare-ideias-e-propostas-dos-candidatos.html>. Acesso em 10/12/2016.

⁸⁴ Disponível em: https://www.washingtonpost.com/politics/trump-recorded-having-extremely-lewd-conversation-about-women-in-2005/2016/10/07/3b9ce776-8cb4-11e6-bf8a-3d26847eeed4_story.html?utm_term=.6da44349fc62. Acesso em 11/12/2016.

⁸⁵ Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/08/internacional/1475946885_014850.html. Acesso em 12/12/2016.

⁸⁶ Tradução livre de: *This is horrific. We cannot allow this man to become president.* Disponível em: https://twitter.com/HillaryClinton/status/784497331647422464?ref_src=twsrc%5Etfw&ref_url=http%3A%2F%2Fbrasil.elpais.com%2Fbrasil%2F2016%2F10%2F07%2Finternacional%2F1475876534_569892.html. Postagem em 07/10/2016. Acesso em 12/12/2016.

federais que regem a manutenção de registros. Em resposta, Clinton disse que seu uso de e-mail pessoal estava em conformidade com as leis federais e regulamentos do Departamento de Estado, e que ex-secretários de Estado também tinham mantido contas pessoais de e-mail, embora não seus próprios servidores de e-mail privado⁸⁷.

A despeito de toda a controvérsia, o caso foi arquivado, em 05 de julho de 2016, com a anotação do FBI de que a candidata tinha sido “extremamente descuidada”⁸⁸ na utilização de seu e-mail privado com finalidade de comunicações oficiais, recomendando, porém, que não fosse denunciada pelo cometimento de qualquer delito.

Meses após, e apesar desta conclusão exarada pelo órgão investigativo, o caso foi reaberto pelo FBI, em 28 de outubro de 2016, dias antes da eleição presidencial, marcada para o dia 08 de novembro de 2016. Essa reabertura se deu em detrimento de novos e-mails encontrados durante uma investigação realizada pelo *Bureau* em face do ex-congressista Anthony Weiner, suspeito de ter mantido troca de mensagens de cunho sexual com uma adolescente⁸⁹.

Levadas a cabo novas investigações, concluiu o FBI que os e-mails encontrados não davam azo a qualquer alteração no entendimento manifestado no mês de julho, razão pela qual arquivaram novamente o caso envolvendo a presidenciável, no dia 06 de novembro de 2016⁹⁰.

O mérito do acerto ou não da utilização de um servidor privado para comunicação oficial por Hillary Clinton não é objeto do presente trabalho. A informação relevante nessa questão reside justamente na repercussão da investigação levada a cabo pelo FBI: a análise da caixa de e-mails da presidenciável envolveu o tratamento e exposição de e-mail tanto de interesse público como pessoais. De alguma forma, o órgão investigativo teve acesso a mensagens não apenas públicas, mas também pessoais da candidata. Assim, ainda que a intenção do *Bureau* não fosse acessar dados pessoais em si, com eles teve contato. E a opinião pública reagiu, de alguma forma, às investigações, visto o que apontam os indícios trazidos por fontes de

⁸⁷ Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Hillary_Clinton_email_controversy. Acesso em 13/12/2016.

⁸⁸ Disponível em: <https://www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/statement-by-fbi-director-james-b-comey-on-the-investigation-of-secretary-hillary-clinton2019s-use-of-a-personal-e-mail-system>. Acesso em 13/12/2016.

⁸⁹ Disponível em: <http://www.foxnews.com/politics/2016/10/28/fbi-reopens-investigation-into-clinton-email-use.html>. Acesso em 13/12/2016.

⁹⁰ Disponível em: <http://edition.cnn.com/2016/11/06/politics/comey-tells-congress-fbi-has-not-changed-conclusions/>. Acesso em 13/12/2016.

pesquisa, agências de notícias e o resultado da eleição em si: ainda que Hillary Clinton se mantivesse a frente das pesquisas de intenção de voto a um dia do pleito presidencial (seguindo a regra vislumbrada durante todo o tempo de campanha⁹¹⁹²), tinha sido ultrapassada, na semana anterior, pelas intenções de voto em Donald Trump, ocasionada, principalmente, pela reabertura das investigações sobre a questão dos e-mails trocados pelo servidor pessoal para tratar de assuntos do Departamento de Estado⁹³. O resultado: Donald Trump foi declarado vencedor da disputa presidencial, contando com o apoio de 290 delegados no Colégio Eleitoral (a marca necessária para êxito na disputa era de 270)⁹⁴.

Consoante afirmado no parágrafo anterior, não há como se mensurar a influência do escândalo dos e-mails de Hillary Clinton no resultado das eleições presidenciais dos Estados Unidos. Entretanto, a repercussão da reabertura das investigações distando poucos dias do pleito, as pesquisas indicativas de um aumento de rejeição em face da candidata democrata e a vitória do presidenciável republicano ainda que atrás nas pesquisas de intenção de voto durante toda a campanha apontam que as questões envolvendo dados armazenados em ambiente informático, incluindo os de caráter pessoal, influíram na percepção e decisão dos eleitores, se não decidindo a eleição, ao menos contribuindo para os números visualizados em seu resultado.

Percebe-se, dessa forma, como a atividade de captura e análise de dados influencia sobremaneira variados arranjos sociais, alcançando desde o cidadão comum até o interesse de populações inteiras. Tal atividade tem o condão de radiografar os indivíduos, mediante o cruzamento de dados fornecidos em ambientes informatizados, criando para eles sugestões de aquisição de bens e serviços baseados em suas preferências – isso sem contar com qualquer anuência expressa por parte dos potenciais consumidores. Pode, ainda, determinar se um indivíduo deve ou não ser aceito por um grupo político ou social, incluindo-o ou excluindo-o de um planejamento traçado pelo poder político para governança de um país. Ou pode ainda

⁹¹ Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2016/noticia/2016/09/hillary-lidera-nova-pesquisa-apos-1o-debate-presidencial-com-trump.html>. Acesso em 13/12/2016.

⁹² Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2016/noticia/2016/10/hillary-clinton-lidera-por-15-pontos-em-votacao-antecipada-diz-pesquisa.html>. Acesso em 13/12/2016.

⁹³ Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/na-vespera-das-eleicoes-hillary-lidera-pesquisas-com-margem-estreita-20423782>. Acesso em 13/13/2016.

⁹⁴ Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-37948302>. Acesso em 13/12/2016.

ter condicionado o destino político de uma das nações mais ricas e poderosas do mundo, definindo nada menos do que o ocupante de um mandato presidencial.

1.3. ALCANCE E INFLUÊNCIAS DOS ATAQUES AOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL

O Estado e os cidadãos brasileiros não gozam de privilégios quando se trata de ataque aos dados pessoais pelos mais diversos entes públicos e privados, sofrendo também as consequências vislumbradas em diversos países ao redor do globo.

O primeiro indicativo comprobatório dessa afirmativa advém justamente dos dados consignados no livro escrito por Glenn Greenwald, através dos documentos levados à público por Edward Snowden, vez que, além de exporem números vultosos, os relacionam, alguns, especificamente ao Brasil.

Nesse sentido Greenwald relata que o programa BOUNDLESS INFORMANT coletou, entre e-mails e chamadas telefônicas, em um único período de trinta dias, 2,3 bilhões de registros advindos do Brasil, na forma de metadados⁹⁵. Além desse, o programa BLARNEY – voltado a obtenção de parcerias com empresas que permitam o acesso a, principalmente, cabos de fibra ótica – também é relatado como tendo o Brasil como um de seus países alvo⁹⁶.

Greenwald ainda relata que aliado ao programa de espionagem estadunidense capitaneado, principalmente, pela NSA, encontrava-se o Canadá, e que este se vangloriava, na Conferência de Desenvolvimento de Sinais de 2012, de, por meio de sua Organização de Serviços de Comunicações do Canadá, ter espionado o Ministério de Minas e Energia do Brasil, agência responsável por regulamentar o setor de maior interesse para as empresas canadenses⁹⁷.

Por fim, indica que o Brasil figurava entre os países que, com frequência, se tornaram alvos, mas nunca parceiros, dos programas de espionagem dos Estados Unidos, ainda que fosse considerado como uma nação “amigável” ou “neutra”, e não “adversária”, a exemplo da Rússia e da China⁹⁸.

⁹⁵ GREENWALD, Glenn. *Op. cit.*, p. 99.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 110.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 127.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 133-134.

Ao lado das revelações proporcionadas por Edward Snowden, documentos vazados pela organização WikiLeaks demonstraram que políticos de alto escalão do governo brasileiro foram alvo de grampos telefônicos pelo governo dos Estados Unidos da América, incluindo a ex-Presidente Dilma Rousseff e o o ministro-chefe do Gabinete de Segurança Institucional, General José Elito Siqueira, responsável pela segurança da ex-presidente da República⁹⁹.

Além disso, consoante afirmado alhures, as práticas de mercado vêm colocando em risco o direito à intimidade dos usuários brasileiros, pois os provedores, a quem pagamos para estarmos conectados, utilizam-se das informações advindas da navegação dos internautas para venderem esses dados para empresas especializadas em *marketing* direcionado. Assim, a informação privada do cidadão se torna um produto de altíssimo valor de mercado¹⁰⁰.

Um destes exemplos foi vivenciado há poucos anos, quando foi noticiado que a Serasa Experian, definido como o “*maior bureau de crédito do mundo fora dos Estados Unidos, detendo o mais extenso banco de dados da América Latina sobre consumidores, empresas e grupos econômicos*”¹⁰¹, teria firmado um acordo com o Tribunal Superior Eleitoral para ter acesso ao seu banco de dados, e, em troca, forneceria ao Judiciário Eleitoral mil certificados digitais – vez que figura como uma das entidades autorizadas pelo governo federal para emissão de tais certificados. Neste acordo, seria permitida a consulta, pelo banco de dados privado, do nome do eleitor, número e situação da inscrição eleitoral, além de eventuais óbitos e validação do nome da mãe e data de nascimento¹⁰², visando uma utilização completamente desvirtuada daquela vivenciada quando da informação dos dados: a manutenção de situação eleitoral regular. Publicado no Diário Oficial da União em 23 de julho de 2013, tal acordo foi suspenso, em 08 de agosto do mesmo ano, de forma cautelar, ao argumento de que havia a possibilidade de quebra indevida de sigilo de dados dos eleitores¹⁰³. Apesar disso, existem indícios de que informações cadastrais de 141

⁹⁹ Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/lista-revela-29-integrantes-do-governo-dilma-espionados-pelos-eua.html>. Acesso em 17/12/2016.

¹⁰⁰ Nesse sentido: AIETA: Vânia Siciliano. *Marco Civil da Internet e o Direito à Intimidade*. in **Marco Civil da Internet**. George Salomão Leite e Ronaldo Lemos (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2014, p. 696.

¹⁰¹ Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/quem-somos/institucional/>. Acesso em 17/12/2016.

¹⁰² Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/08/tse-firma-acordo-para-repassar-dados-d-e-eleitores-serasa.html>. Acesso em 17/12/2016.

¹⁰³ Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/08/tse-decide-suspender-repasse-de-dados-de-eleitores-para-serasa.html>

milhões de eleitores foram disponibilizadas ao SERASA¹⁰⁴. Ainda que assim não fosse, remanesce pesadas dúvidas sobre a constitucionalidade e legitimidade deste tipo de convênio, pois as informações, repassadas com um fim específico, seriam utilizadas em malefício dos seus próprios detentores¹⁰⁵.

Exemplo diverso é a parceria firmada entre o Facebook e o governo brasileiro, a fim de que seja ampliado o acesso à internet em território nacional. Segundo afirmou a ex-Presidente Dilma Rousseff, o acordo visa levar conexão de banda larga a populações de baixa renda e a áreas isoladas do país, entre as quais a Amazônia e partes do Centro-Oeste¹⁰⁶. Entretanto, considerando que os interesses de empresas como Facebook é a de captar dados para fomento do *marketing* direcionado, certo é que a disposição da empresa norte-americana não busca a mera inclusão digital da população marginalizada, mas sim a ampliação de seu mercado, aproveitando-se de um país cuja teia normativa não impede a colheita indiscriminada de dados pessoais.

Por fim, imperioso mencionar o caso jurídico de maior repercussão em solo brasileiro dos últimos tempos: a denominada “operação lava-jato”. Iniciada no ano de 2014 e conduzida por uma força tarefa do Ministério Público Federal, tem as ações penais dela decorrentes presididas pelo Juiz Federal Sérgio Moro, referentes a casos de corrupção e lavagem de dinheiro em empresas estatais. Referida operação foi responsável, após dois anos de sua deflagração, por contabilizar números como 990 anos em penas acumuladas, 134 mandados de prisão expedidos e 93 condenações criminais. Desde a primeira das 24 fases já deflagradas, já foram recuperados R\$ 2,9 bilhões para os cofres públicos, segundo a força-tarefa da investigação¹⁰⁷.

A despeito das considerações que se possa fazer em relação ao mérito de mencionada operação, chama a atenção, para os fins perquiridos no presente trabalho, o volume de dados captados e armazenados durante as investigações promovidas no âmbito da operação: 1,2 milhão de gigabytes. Para tanto, foi

¹⁰⁴ Disponível em: http://istoe.com.br/318207_TSE+SUSPENDE+CONVENIO+QUE+REPASSOU+DA+DOS+DE+ELEITORES+A+SERASA/. Acesso em 18/12/2016.

¹⁰⁵ Importante esclarecer que não se trata aqui de mitigar o acesso às informações de caráter público, mas sim garantir ao cidadão que os dados fornecidos ao estado serão utilizados com um objetivo claro e específico. A bem da verdade, a única certeza possível neste ponto é que a existência de normativa especial quanto à proteção de dados pessoais permitiria um debate muito mais claro e seguro quanto a legitimidade e constitucionalidade deste tipo de acordo, que hoje ocorre (apesar de temporariamente suspenso) à margem da legalidade.

¹⁰⁶ Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150410_dilma_facebook_pai_if. Acesso em 18/12/2016.

¹⁰⁷ Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/dois-anos-apos-primeira-fase-lava-jato-soma-penas-de-quase-mil-anos.html>. Acesso em 19/12/2016.

desenvolvivo um programa de computador denominado Indexador e Processador de Evidências Digitais (IPED), com a finalidade exclusiva de agilizar a análise dos dados coletados em computadores e servidores e principalmente após ações de busca a apreensão em operações da Polícia Federal¹⁰⁸.

Como garantir a integridade de tais dados, principalmente daqueles que se conectam a pessoas estranhas as apurações buscadas na demanda? Ainda mais importante: qual a responsabilidade dos órgãos estatais para com os dados pessoais coletados daqueles que não figuram como suspeitos de delitos, mas que mantiveram contato com as pessoas investigadas?

Não existe, atualmente, resposta concreta a tais indagações. Os dados restam armazenados, longe do alcance e controle de seus titulares.

O Brasil também não tem sabido como lidar com o fluxo de dados e a realidade encontrada nos aplicativos de ambientes informatizados. Não raro temos nos deparado com bloqueios de aplicativos de conversa, a exemplo do Whatsapp¹⁰⁹, por meio de ordens judiciais¹¹⁰ que alcançam não apenas os atores de determinada demanda judicial, mas sim toda a população brasileira, o que denota, de um lado, falta de técnica dos membros da judicatura, e, de outro, o enfraquecimento de um poder local, emanado dos juízes, que não consegue lidar com potências globais, como o Facebook, atual dono do aplicativo Whatsapp, que atua sem se importar com fronteiras nem limites.

Temos vilsumbrado, em verdade, iniciais para se debater a questão, como a audiência pública sobre o bloqueio do Whatsapp, marcada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Edson Fachin, entre os dias 02 e 05 de junho de 2017, para discussão sobre o tema¹¹¹. Entretanto, carece o judiciário brasileiro de ações concretas para minimizar essa ingerência indevida na liberdade dos usuários de internet a fim de coletar dados de indivíduos específicos.

Por fim, destaca-se o papel do governo brasileiro na captura e tratamento de dados pessoais. Figura o Brasil como exceção dentre vários países tecnologicamente

¹⁰⁸ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/01/1846272-neo-volume-de-dados-da-lava-jato-forca-pf-a-criar-novo-sistema.shtml>. Consulta em 09/01/2017.

¹⁰⁹ Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/whatsapp-deve-ser-bloqueado-decide-justica-do-rio.html>. Acesso em 18/12/2017.

¹¹⁰ Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/whatsapp-bloqueado-relembre-todos-os-casos-de-suspensao-do-app.html>. Acesso em 18/12/2016.

¹¹¹ Disponível em: http://www.conjur.com.br/2017-abr-21/stf-define-programacao-audiencia-debatera-bloqueios-whatsapp?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter. Acesso em 21/04/2017.

incluídos na globalização, inexistindo em solo pátrio programa de espionagem, mediante captura de dados pessoais, a exemplo do vislumbrado nos Estados Unidos? Órgãos como a Agência Brasileira de Inteligência negligenciam o imenso potencial de controle advindo da colheita de dados pessoais? Ou a fazem, a exemplo de outros países, à margem da Lei¹¹²?

Todas essas questões não ostentam resposta imediata. Apesar disso, importante lembrar que o desvelamento da espionagem norte-americana levada a cabo pela NSA custa, até hoje, o exílio de Edward Snowden, asilado temporariamente em Moscou¹¹³, sob a autorização do presidente Vladimir Putin, visto que seu retorno aos Estados Unidos lhe custará justamente a liberdade pela qual combate.

¹¹² Nesse sentido o alerta de Stefano Rodotà: *Às novas formas de coleta e tratamento de informações, possibilitadas sobretudo pelo recurso a computadores, adicione-se a crescente necessidade de dados por parte das instituições públicas e privadas; como não é imaginável uma ação que vá de encontro a esta tendência, comum a todas as organizações sociais modernas, é necessário considerar de forma realista tal situação, analisando as transformações que causa na distribuição e no uso do poder pelas estruturas públicas e privadas.* in RODOTÁ, Stefano. *Op. cit.*, p. 24.

¹¹³ Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-01/russia-estende-asilo-de-ex-agente-secreto-edward-snowden>. Acesso em 20/01/2017.

CAPÍTULO 2 – PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS: DISTINGUINDO PERSPECTIVAS E DELIMITANDO CONCEITOS

Eu sou o urso dos canos da casa, subo pelos canos nas horas de silêncio, pelos tubos de água quente, do aquecimento, do ar-condicionado, vou pelos tubos de apartamento em apartamento, sou o urso que vai por todos os canos.

Julio Cortázar – Discurso do Urso

Gosto da palavra “fornida”. É uma palavra que diz tudo o que quer dizer. Se você lê que uma mulher é “bem fornida”, sabe exatamente como ela é. Não gorda, mas cheia, roliça, carnuda. E quente. Talvez seja a semelhança com “forno”. Talvez seja apenas o tipo de mente que eu tenho.

Luis Fernando Veríssimo - Palavreado

2.1. IMPORTÂNCIA DE UMA METALINGUAGEM APLICADA AO TEMA

Língua, fala e linguagem são objetos da linguística, ciência que tem por objeto a linguagem humana em seus aspectos fonético, morfológico, sintático, semântico, social e psicológico. A conceituação dos estudos da linguagem como ciência¹¹⁴ denota autonomia em seu estudo, o que indica a importância dessa prática para a composição da realidade humana.

A filosofia, igualmente, atribui lugar cativo aos estudos sobre a linguagem, entendendo estar a compreensão dos diversos fenômenos vinculada aos conceitos e limites verificados a partir desse fenômeno comunicativo. Há, inclusive, defensores de uma mudança paradigmática, a exemplo de Celso Luiz Ludwig, que apregoa a existência de um “*paradigma do agir comunicativo*”, substitutivo, enquanto moldura para a elaboração de conceitos e categorias, do “*paradigma da consciência*”. Nesse sentido, afirma que “*a linguagem passa de condição de objeto da reflexão para a condição de pensamento de todo pensar. Filosofar significa filosofar a partir da linguagem*”¹¹⁵.

¹¹⁴ O verbete “*linguística*” é conceituado, por Aurélio Buarque de Holanda, como: *a ciência da linguagem e, em particular, da linguagem articulada*. In FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 1036.

¹¹⁵ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 93.

O conceito de paradigma e a ideia de mudança paradigmática constitui tema de abordagem espinhosa, ante as discordâncias manifestadas nessa seara. Exemplo disso é o artigo intitulado *“Einstein, Gödel e a (Indolente) Crítica de Boaventura de Souza Santos”*, redigido por Cesar Antonio Serbena. Nesse texto, Serbena discorda, com propriedade, de uma visão voltada à superação do paradigma da ciência moderna, utilizando, para tanto, exemplos da própria ciência¹¹⁶. Conclui, ao cabo, que a utilização equivocada de conceitos para justificar certos posicionamentos não ostenta qualquer valor epistemológico¹¹⁷.

O aprofundamento do debate acerca das noções de paradigma desborda dos objetivos dessa dissertação. Entretanto, a sua existência, agregada a uma corrente que protesta pelo reconhecimento do *“giro linguístico”*¹¹⁸, demonstra a relevância da questão. Além disso, importantes filósofos reconhecidamente construíram suas reflexões a partir da linguagem ou voltados a ela. Nesse panteão figuram pensadores como Ludwig Wittgenstein, Karl Otto Appel, Jurgen Habermas e Niklas Luhmann, dentre outros, o que engrandece a pertinência do tema.

Além das considerações supradescritas, outra faceta demonstra a fundamental importância da definição de uma metalinguagem adequada ao tema proposto: a existência de termos variados na legislação de regência. Com efeito, e a título de exemplo, a Constituição Federal faz referência, em seu art. 5º, inc. X, à inviolabilidade da *intimidade* e da *vida privada*; o verbete *vida privada* é repetido,

¹¹⁶ Sobre a questão, afirma Serbena que: *“A mecânica quântica e seus experimentos reais e ideais gerou uma enorme perplexidade entre os físicos nas primeiras décadas do século XX. Muitos postulados da mecânica clássica tiveram que ser abandonados para uma explicação correta dos fenômenos quânticos. No entanto, a interpretação que alguns filósofos e sociólogos pós-modernos fizeram destes resultados, a partir da última década do século XX, gerou uma perplexidade maior ainda, pois descontextualizaram e interpretaram erroneamente os conceitos e princípios da mecânica quântica. É de causar espanto que Boaventura de Souza SANTOS (doravante BSS), um pesquisador muito conhecido e respeitado da sociologia jurídica, tenha escrito não só passagens, mas parágrafos e páginas inteiras em seu livro A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência, com absoluta falta de consistência científica”*. Serbena, Cesar Antonio. **Einstein, Gödel e a (Indolente) Crítica de Boaventura de Souza Santos**. In XXV Jornadas Argentinas y III Jornadas Argentino-Brasileñas de Filosofía Jurídica y Social, 2011, p. 1.

¹¹⁷ Novamente Serbena: *“Lamentavelmente não temos a tão desejada crise paradigmática apontada por BSS. Se ela existe, não é devida às condições teóricas da física mal compreendidas por BSS. Não é de modo nenhum ousado dizer que a passagem da obra de BSS que analisamos não possui nenhum valor epistemológico, apenas o de confundir o leitor que não checar as suas fontes. O seu valor é apenas literário, pois não sendo fruto da boa argumentação científica, pode construir um texto com palavras e argumentos que lhe pareçam belos esteticamente, mas que não resistem à uma análise científica mais apurada”*. Ibidem, p. 10.

¹¹⁸ Assim afirma Ludwig: *“O giro linguístico pode ser situado no contexto da chamada mudança paradigmática, conceito recepcionado pela filosofia para classificar sua própria história. O novo paradigma da linguagem se consolida na segunda metade do século XX”*. In LUDWIG, Celso Luiz. *Op. cit.*, p. 93.

ainda, pelo Código Civil, em seu art. 21, ao afirmar que *a vida privada da pessoa natural é inviolável*. De outro giro, o Marco Civil da Internet, importante diploma legal incidente sobre a matéria, utiliza termos como “*proteção da privacidade*”, constante no inc. II do art. 3º, e “*proteção dos dados pessoais*”, presente no inc. III desse mesmo artigo.

Dessa forma, a investigação sobre a mera sinonímia, com a ocorrência de tautologia entre os vocábulos, ou se, ao revés, se apresentam com conceitos semânticos apartados, é de suma importância para o desenvolvimento de uma análise mais apurada: a um, para fincar as bases do que se pretende investigar, evitando-se ao máximo a ocorrência de imprecisões e de ambiguidades; e, a dois, a fim de se demarcar, com maior precisão possível, quais os marcos legais pertinentes a cada um dos conceitos, a fim de delinear aqueles efetivamente incidentes sobre os dados pessoais.

Considerando versar o presente trabalho sobre o tema dos dados pessoais, será este o último conceito apresentado, tratando-se, inicialmente, de verbetes correlatos, como “*intimidade*”, “*privacidade*” e “*vida privada*”. Isso não significa que tais expressões gozem de importância diminuída em face dos dados pessoais. No entanto, a devassa dos dados pessoais exposta no capítulo anterior justifica sua análise específica na presente dissertação, razão pela qual se dará maior ênfase a referido conceito.

Ainda relacionada a uma metalinguagem adequada ao desenvolvimento do trabalho, serão definidos o termo “*proteção*” e a expressão “*banco de dados*”, igualmente importantes para a escoreita semântica relacionada à técnica de redação jurídica, para correta definição dos limites e das funções realizáveis pelo direito.

2.1.1. PRIVACIDADE

Os trabalhos que se dedicam a investigar as ingerências sobre as atividades privadas dos usuários de meios telemáticos de comunicação, por excelência, outorgam à privacidade um papel de centralidade em suas análises. Estudos de envergadura, como as teses de Doutorado de Danilo Doneda e de Marcel Leonardi, possuem, respectivamente, os títulos de “Da privacidade à proteção de dados

peçoais”¹¹⁹ e “Privacidade e internet”¹²⁰. A fim de justificarem a utilização do vocábulo, ambos estudam, com profundidade, o uso de referido verbete, a fim de o manejar de maneira escoreita. Dessa forma, tomam-se tais lições emprestadas ao presente trabalho, nelas se escorando a fim de definir os contornos e limites da privacidade, sem se descurar, entretanto, do objetivo de se analisar, com minúcias, não esse instituto, mas o dos dados peçoais.

Privacidade é definida pelo linguista Aurélio Buarque de Holanda como verbete derivado de um anglicismo (privacy), cujo significado remeteria à “*vida privada, vida íntima, intimidade*”¹²¹. Privado, por sua vez, é definido pelo linguista como algo que “*não é público; particular*”. Por fim, o termo privar é definido como “*conviver intimamente, ser íntimo*”. Outro linguista, Antonio Houaiss, define como sinônimos do termo Privacidade os vocábulos “*intimidade, privatividade, vida íntima*”¹²². Privado, por sua vez, ostenta os sinônimos “*confidencial, reservado, secreto, sigiloso*”¹²³.

Menos do que a definição semântica, a preocupação que se deve ter com a privacidade advém propriamente da construção de uma metalinguagem adequada; essa é a orientação dada por Doneda, ao afirmar que *não raro ela é utilizada para suprir algumas de suas necessidades estruturais, assumindo um ou outro sentido*¹²⁴ *em função das características de um ordenamento e dificultando ainda mais a sua redução a um sentido comum*¹²⁵. Por essa razão, afirma que *o problema reside menos na definição em si do que em determinar o que se espera desta definição*¹²⁶.

Para tanto, afirma o jurista que *para levar a bom termo esta tarefa cabe traçar um esboço da formação da esfera privada do ser humano – que depende de bases sociais, culturais e políticas (...)*.

Essa necessidade de preenchimento do sentido dado à privacidade leva a uma ausência de unitariedade do conceito. Tal situação é explorada por Marcel Leonardi, para quem a privacidade deve ser entendida do *modo mais amplo possível*,

¹¹⁹ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*

¹²⁰ LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹²¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Op. cit.* p. 1394.

¹²² HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss de sinônimos e antônimos da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, p. 536.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ No mesmo sentido Marcel Leonardi, ao afirmar que a expressão “privacidade” tornou-se uma “palavra-camaleão” (...). in LEONARDI, Marcel. *Op. cit.*, p. 46.

¹²⁵ DONEDA, Danilo. *Op. cit.* p. 103.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 104.

*ante a caracterização da privacidade como direito de personalidade e direito fundamental, cuja base é o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República*¹²⁷.

A patente dificuldade de conceituação da privacidade não obsta, entretanto, o apontamento de teorias destinadas a descrever o instituto. Nesse sentido, Leonardi elenca quatro tentativas de se conceituar, com unitariedade¹²⁸, a privacidade: o direito a ser deixado só (*the right to be let alone*); o resguardo contra interferências alheias; o segredo ou sigilo; e, por fim, o controle sobre informações e dados pessoais.

Ainda que todas essas teorias sejam relevantes para a compreensão da privacidade – não se descuidado do entendimento do autor, para quem a privacidade comporta conceito plural –, considerando ser o presente trabalho destinado a tratar do tema dos dados pessoais, cabe analisar a descrição feita pelo autor da última categoria, que envolve o controle sobre informações e dados pessoais. Para os defensores desta corrente, Leonardi explicita que *o atributo básico do direito à privacidade seria, portanto, a capacidade de o indivíduo controlar a circulação de informações a seu respeito*¹²⁹. Tal corrente segue os ensinamentos propostos por Alan Westin, em que a privacidade seria a reivindicação de indivíduos, grupos ou instituições de determinar por si próprios quando, como e em que extensão informações a seu respeito são comunicadas a terceiros¹³⁰.

Ao tempo em que reconhece o valor desta teoria, ante a latente importância do controle sobre informações e dados pessoais, ao defender um conceito pluralista da privacidade, afirma Leonardi que *um enfoque exclusivo em informações e dados torna o conceito muito limitado, pois exclui certos aspectos privados que não tem relação com informações, notadamente a autodeterminação do indivíduo*¹³¹. Arremata ainda afirmando que tal categoria *tem como enfoque as informações e dados sobre os quais o indivíduo quer exercer controle, mas a privacidade não é simplesmente*

¹²⁷ LEONARDI, Marcel. *Op. cit.*, p. 90.

¹²⁸ Não se deve descuidar de que o autor não adota qualquer dessas teorias unitárias, mas antes as condensa, a fim de criar um conceito pluralista de privacidade. Nesse sentido afirma, inclusive, que *a insistência em isolar as características essenciais da privacidade e reuni-las em um conceito unitário, aplicável indistintamente em quaisquer situações, é tarefa que tende a fracassar*. In LEONARDI, Marcel. *Op. cit.*, p. 51.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 67.

¹³⁰ Alan Westin. *Privacy and freedom*, Nova York: Atheneum, 1967, p. 7. *apud*. LEONARDI, Marcel. *Op. cit.*, p. 51.

¹³¹ *Ibidem*, p. 74.

*uma prerrogativa individual de caráter subjetivo. Ela engloba, preponderantemente, aquilo que a sociedade considera apropriado proteger*¹³².

Há um consenso entre os autores, portanto, de que a privacidade demanda uma conceituação abrangente e pluralista, a fim de que seja preenchida conforme a realidade do *ser*, completando o sentido do *dever ser*, visando, ao fim e ao cabo, o desenvolvimento da personalidade¹³³. Nesse sentido, ostenta a privacidade um aspecto não finalístico, visto que *o real interesse presente em sua tutela é o da dignidade da pessoa humana, o qual irá em última análise definir o seu plano de aplicação*¹³⁴.

Conceituações desta estirpe foram feitas também por Tatiana Malta Vieira, ao lecionar que: *buscando um conceito abrangente, o direito à privacidade consistiria em um direito subjetivo de toda pessoa – brasileira ou estrangeira, residente ou transeunte, física ou jurídica – não apenas de constranger os outros a respeitarem sua esfera privada, mas também de controlar suas informações de caráter pessoal – sejam estas sensíveis ou não – resistindo às intromissões indevidas provenientes de terceiros*¹³⁵; e por João Carlos Zanon, para quem *é possível identificar, entretanto, em todos os sentidos atribuídos ao direito à privacidade certo consenso, que corresponderia a ter por característica básica a pretensão de estar separado de grupos, mantendo o indivíduo livre da observação de outros*¹³⁶.

De maneira resumida, condensando, assim, os argumentos supraindicados, pode-se dizer que a direito à privacidade ostenta conceito amplo e plural, devendo ser compreendido tanto como um direito da personalidade quanto como um direito fundamental, tendo seu exercício e tutela catalizados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, encerrando assim tanto o direito à reserva e ao isolamento quanto a possibilidade de construção de uma esfera pessoal em que se tenha liberdade de escolha, e, por conseguinte, de desenvolvimento da própria personalidade.

Considerando tratar o presente trabalho da proteção dos dados pessoais em face da vigilância em massa, mais do que esse aspecto pessoal e privado privacidade, se eleva a preocupação com a ingerência de entes públicos e privados

¹³² *Ibidem*, p. 75.

¹³³ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 144.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 146.

¹³⁵ MALTA VIEIRA, Tatiana. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Fabris, 2007, p. 23.

¹³⁶ ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 36.

em relação aos dados pessoais dos indivíduos, como forma de leitura da sociedade e de categorização social – cuja repercussão ultrapassa o nível pessoal para alcançar um contexto plural. Nesse sentido a advertência de David Lyon:

Embora a perda da privacidade possa ser a primeira coisa que vem à cabeça de muitos quando se debate o tema da vigilância, deve-se salientar que a privacidade não se apresenta como a baixa mais relevante. As questões do anonimato, da confidencialidade e da privacidade não devem ser ignoradas, mas também estão estreitamente ligadas a imparcialidade, justiça, liberdades civis e direitos humanos. Isso porque, como veremos, a categorização social é basicamente o que a vigilância realiza hoje, para o bem ou para o mal¹³⁷.

Não se nega com isso que a privacidade não detenha, perante a sociedade, grande importância, demandando, por conseguinte, intensa proteção. Consoante mencionado alhures, o conceito de privacidade deve ser preenchido a partir da leitura da complexidade social, razão pela qual sua tutela deve ser equivalente ao valor social a ela conferido. Nesse sentido, compreende-se que o tema da privacidade costuma ter, quando comparado, por exemplo, ao dos dados pessoais, apelo muito mais sensível, considerando que a exposição da intimidade e da vida privada – referidos aqui os hábitos privados de indivíduos e de famílias, os aspectos conjugais, a vida íntima e os pensamentos ocultos – parecem, *prima facie*, muito mais relevantes, de forma imediata, para as pessoas deles titulares. Essa importância da privacidade não é algo que se queira combater ou discordar, visto que se apresentam de valoração ímpar para a constituição psicológica dos indivíduos.

Ainda que se compreenda essa ânsia por proteção aos segredos e à intimidade pessoal, deve-se salientar que os dados pessoais, por sua vez, assumem importância política e econômica muito mais marcantes do que a mera exposição singular do indivíduo. Ao mesmo tempo, a ingerência sobre eles se apresenta muito mais sutil e despida de violência, visto que o consentimento com o seu fornecimento se dá, muitas vezes, de maneira simples, mediante o acesso a uma página eletrônica, a remessa de um e-mail, ou ainda o cadastramento em determinada plataforma digital.

Os efeitos decorrentes das atividades de coleta e tratamento de dados pessoais são absconsos e latebrosos. Não é por esse motivo, entretanto, que o direito à privacidade deva ser diminuído ou negligenciado. A complexidade que envolve o conceito é justificada tanto quanto a necessidade de sua proteção. Ainda assim,

¹³⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância...**, p. 20.

insiste-se em uma necessária diferenciação deste para com os dados pessoais, a fim de que verifique a existência de um instituto autônomo, que demanda tutela jurídica específica, buscando ao menos minimizar os efeitos das atividades de vigilâncias levadas a cabo por diferentes entidades mundo afora.

2.1.2. INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Estudadas quase sempre em cotejo – visto que figuram no mesmo inc. X do art. 5º da Constituição Federal¹³⁸ – a “*vida privada*” e a “*intimidade*” possuem conceitos autônomos, ainda que possam ser tratadas de maneira isonômica, normativamente.

Esse tratamento equânime dos termos é capitaneado por José Afonso da Silva, para quem as manifestações de vida privada e de intimidade estariam contempladas pelo conceito da privacidade, funcionando esta como um gênero, dos quais os demais seriam espécie. Nesse sentido leciona o jurista, ao estudar a redação empregada ao inc. X do art. 5º da Constituição Federal:

*O dispositivo põe, desde logo, uma questão: a intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela. De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade*¹³⁹.

Tatiana Malta Vieira é outra autora a abrigar tanto os conceitos de vida privada quanto de intimidade sob o manto da privacidade, afirmando que “*o direito à privacidade traduz-se na faculdade inerente a cada pessoa de obstar a intromissão de estranhos em sua intimidade e vida privada (...) o direito à privacidade evidencia, em seu âmbito de proteção, dois atributos, existindo certa distinção entre ambos*”¹⁴⁰.

¹³⁸ Assim prescreve citado dispositivo da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹³⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed., São Paulo: 2009, p. 100.

¹⁴⁰ MALTA VIEIRA, Tatiana. *Op. cit.*, p. 28.

Intimidade ¹⁴¹ é definida por Malta Vieira como algo que *reflete os pensamentos do indivíduo, suas ideias e emoção relacionando-se a uma zona mais estrita da pessoa, àquilo que deve ser mantido em sigilo por revelar o íntimo do indivíduo*¹⁴². Está aninhado, portanto, em uma esfera mais interior da pessoa, devendo ser mantida em segredo, inacessível e escondida. Quanto a vida privada, define-a a autora como *a vida pessoal e familiar do indivíduo, que pode ser de conhecimento daqueles que desfrutam de sua convivência*¹⁴³. Abrange, portanto, confiança e reserva, visto que dela participam as pessoas da íntima convivência do indivíduo que têm acesso a informações sobre sua vida pessoal e familiar; entretanto, no mais das vezes, envolvem atos que o seu titular não deseja o desvelamento perante a sociedade, razão pela qual detém um caráter privado¹⁴⁴.

Danilo Doneda, apesar de entender que *não é frutífero insistir em uma conceitualística que intensifique as conotações e diferenças semânticas dos dois termos*¹⁴⁵, compreende que *cada um deles possui um campo semântico próprio: na “vida privada” encontramos o discurso que proclama a distinção entre as coisas da vida pública e as da vida privada, no estabelecimento de limites, numa lógica que também é de exclusão*¹⁴⁶. Tratando especificamente do termo “intimidade”, indica que *aparenta referir-se a eventos mais particulares e pessoais, a uma atmosfera de confiança. Evoca, mais do que outra coisa, o aspecto do direito à tranquilidade, do right to be let alone*¹⁴⁷. Normativamente, entretanto, coloca ambos os conceitos em pé de igualdade, indicando que, apesar da terminologia constitucional ter utilizado dois termos diversos, a valoração destes deve se dar de maneira equânime. Aponta, como justificativa, dois motivos principais: a ausência de uma clara determinação terminológica na doutrina e na jurisprudência, que pode ter levado o constituinte, sob a precaução de não diminuir a aplicabilidade da norma, em positivar ambos os conceitos; e o caráter improdutivo de uma dogmática que busque delimitar, de forma pormenorizada, os limites existentes entre os institutos, visto que o fim último que se

¹⁴¹ O termo comporta também análise linguística, sendo definida semanticamente como “*qualidade de íntimo; vida íntima, vida particular*”. Considerando a sua ligação com o radical “*Íntimo*”, impende também consignar sua definição, como o “*que está muito dentro; que atua no interior; âmagô, imo*”. in FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Op. cit.*, p. 961.

¹⁴² MALTA VIEIRA, Tatiana. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁴³ *Idem.*

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 29.

¹⁴⁵ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 109.

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ *Idem.*

deve buscar com a proteção tanto da vida privada quanto da intimidade deve ser o de aplicar, da forma mais completa e intensa possível, o princípio da dignidade da pessoa humana, em sua emanção constitucional¹⁴⁸. Essas são as razões pelas quais compreende ser a utilização do termo *privacidade* a opção mais razoável, visto que abarca, para fins de proteção, ainda que de forma genérica, os conceitos de intimidade e de vida privada¹⁴⁹.

A compreensão de João Carlos Zanon acerca da intimidade e da vida privada vai ao encontro do que pensam Afonso da Silva, Malta Vieira e Doneda. Em seus estudos, aponta que parcela significativa da doutrina diferencia os conceitos de vida privada e de intimidade, sendo aquela relativa aos comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, e esta aquilo que só diz respeito ao indivíduo, menos amplo, portanto, do que a vida privada, constituindo a parte mais profunda do ser humano¹⁵⁰. Opta, entretanto, pela análise do direito à privacidade, entendendo que tal expressão *tem sido consagrada em nossa doutrina e também na jurisprudência, razão porque não nos parece razoável pretender expurgá-la*¹⁵¹.

Com todos concorda ainda Marcel Leonardi, ao afirmar que *a distinção entre intimidade e vida privada torna-se uma discussão preponderantemente acadêmica, sem repercussão prática*¹⁵².

Ante os ensinamentos expostos, conclui-se que a intimidade e a vida privada, ainda que não gozem de uma exata igualdade de conceituação semântica, quando analisadas em face do arcabouço normativo brasileiro, podem ser albergadas sob a mesma noção de *direito à privacidade*, visando com que sejam tuteladas nos moldes desse direito, que figura tanto como direito fundamental quanto como direito da personalidade, tendo sua concretização guiada, sempre, pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1.3. PROTEÇÃO

Proteção significa o *ato ou efeito de proteger; abrigo, resguardo; auxílio, amparo*. Proteger, por sua vez, advém do latim “*protegere*”, tendo como significado *dispensar atenção a, auxiliar, ajudar; tomar a defesa de, apoiar; preservar do mal,*

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 110.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 111.

¹⁵⁰ ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 36.

¹⁵² LEONARDI, Marcel. *Op. cit.*, p. 80.

*defender, socorrer; tratar de manter ou desenvolver, fomentar: novas leis protegem a indústria nacional. Ter a seus cuidados os interesses de, favorecer, beneficiar; resguardar, abrigar, amparar*¹⁵³. Antonio Houaiss cita como sinônimos do verbete proteção os seguintes: *abrigo, asilo, esconderijo*. Mas também *patrocínio, ajuda, auxílio, patronagem*¹⁵⁴. Proteger, por sua vez, têm como sinônimos *defender, escudar, resguardar, salvaguardar, socorrer*. Mas também *fomentar, ajudar, apadrinhar, apoiar, estimular, patrocinar*¹⁵⁵.

Consoante indica a conceituação semântica suprarreferida, pode-se afirmar que a ideia de *proteção* admite duas manifestações distintas: uma de caráter inibitório e a outra de aspecto reintegratório. A primeira – expressada através dos vocábulos *fomento, apoio, estímulo* e *patrocínio* – busca salvaguardar determinada situação a partir do fortalecimento de certas bases que impeçam que situações nocivas se instalem. Age, portanto, em momento anterior à agressão ao bem que se busca proteger, estimulando ou o regular exercício de um direito ligado a esse objeto, ou, ainda, fomentando mecanismos prévios de defesa que possam efetivamente impedir as arremetidas contra determinado bem jurídico. O caráter reintegratório, por sua vez, é traduzido pelos verbetes *socorrer, escudar, defender*. Todos esses passam a ideia ou da iminência de um ataque, cuja defesa se promove ao tempo da agressão, ou ainda de uma ação de amparo pós-opugnação do bem jurídico, visando acudir o indivíduo maltratado, mediante providências restaurativas.

A necessidade de proteção aos dados pessoais a qual se referencia no título do trabalho está ligada à *tutela jurídica* desses dados. Consoante as definições dantes indicadas, essa tutela – sinônimo comum para os termos *defesa, amparo, proteção, tutoria*¹⁵⁶, e também *apoio, assistência, auxílio, guarda, préstimo, socorro* e *valia*¹⁵⁷ – pode se dar de maneira inibitória ou reintegratória. A primeira, fomentando, através de textos normativos, políticas e atividades individuais voltadas a manutenção da integridade e controle dos dados pessoais; e a segunda, mediante uma atividade sancionatória, a partir do poder de império de uma autoridade judicante, contra aqueles que indevidamente captam e se utilizam de dados pessoais, sem consentimento nem justificativa.

¹⁵³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Op. cit.*, p. 1406.

¹⁵⁴ HOUAISS, Antônio. *Op. cit.*, p. 543.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 544.

¹⁵⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Op. cit.*, p. 1729.

¹⁵⁷ HOUAISS, Antônio. *Op. cit.*, p. 677.

Consoante a novel doutrina processual-constitucional, a tutela dos direitos, a fim de que possa ser considerada uma proteção verdadeira dos bens jurídicos, deve ser dotada da devida efetividade. Uma intervenção legal ou judicial dotada de inexecuibilidade não traduz, em suma, verdadeira proteção. Expoente dessa concepção é o jurista Luiz Guilherme Marinoni, para quem *não há dúvida de que a jurisdição, atualmente, tem a função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais*¹⁵⁸. Admite ainda o doutrinador que tal tutela deve ser devidamente praticável, ao afirmar que *o juiz tem o dever de utilizar o procedimento e a técnica idônea à efetiva tutela do direito material*¹⁵⁹, visto que *a função do juiz não é apenas a de editar a norma jurídica, mas sim a de tutelar concretamente o direito material, se necessário mediante meios de execução*¹⁶⁰.

A tutela dos dados pessoais, para ser entendida como verdadeira proteção, deve ser efetiva. Essa é a razão pela qual se torna imperioso trilhar o caminho pavimentado pela presente dissertação, cujo objetivo é o de *apresentar o atual panorama de lesividade aos dados pessoais* (atividades de espionagem e coleta de dados indicadas no capítulo 1); *delinear os conceitos que envolvem o tema da proteção de dados* (definição da metalinguagem consignada no capítulo 2); *perquirir como os indivíduos, sujeitos de direito e destinatários últimos da tutela, se apresentam perante uma conformação social que atribui grande valoração aos dados pessoais* (leituras da sociedade apresentadas no capítulo 3); e, *por fim, apresentar quais os instrumentos de tutela atualmente disponíveis a nível nacional e global, consubstanciados nos textos normativos que servem de base para a edição de comandos jurisdicionais coercitivos, deles compreendendo seus alcances e limites* (arcabouços normativos indicados nos capítulos 4 e 5).

Advogar em favor de uma proteção jurídica que seja efetiva, aliando-a a ideia de uma tutela jurídica do direito à proteção de dados pessoais, não significa apenas marchar ao lado de uma doutrina processual e constitucional específica, mas, antes, promover a leitura do que diz a própria Carta Política do Estado Brasileiro, em seu art. 5º, XXXV, que assim apregoa: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Essa normativa constitucional é bastante clara: lesões ou

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.

¹⁵⁹ *Idem*.

¹⁶⁰ *Idem*.

ameaças a direitos serão apreciadas pelo Poder Judiciário, a fim de que a elas tutele. Essa tutela, por sua vez, deve ser efetiva, a fim de que não reste esvaziado o próprio conceito da proteção, tornando inócuo o comando constitucional.

Por fim, impende citar novamente Marinoni, que bem resume o dever estatal de tutela efetiva de direitos – tanto em seu caráter inibitório quanto reintegratório. Nesse sentido é que assim afirma:

O Estado possui o dever de tutelar determinados direitos, mediante normas e atividades fático-administrativas, em razão da sua relevância social e jurídica. Trata-se do dever de tutelar os direitos fundamentais. Mas não é só. O Estado também tem o dever de tutelar jurisdicionalmente os direitos fundamentais, inclusive suprimindo eventuais omissões de tutela normativa, além de ter o dever de dar tutela jurisdicional a toda e qualquer espécie de direito – em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º XXXV, CF)¹⁶¹.

2.1.4. DADOS PESSOAIS

Os dados pessoais constituem o objeto central de análise no presente trabalho, deles irradiando as implicações jurídicas e sociais enfatizadas nos capítulos ulteriores.

Referida categoria apresenta-se de maneira distinta da privacidade – ainda que com ela ostente importantes conexões, visto que a atualiza e a impõe características próprias para a sua configuração¹⁶².

A expressão é composta por dois vocábulos autônomos: “dado” e “pessoal”, funcionando, sintaticamente, o verbete “pessoal” como adjetivo do vernáculo “dado”. Em verdade, o termo complementar da oração – “pessoal” – se reveste de grande relevância para a análise do conceito, visto que a personalidade remete à noção de humanidade – e a dignidade da pessoa humana é o princípio aplicável a toda espécie de interpretação de direitos no Brasil.

Semanticamente, o verbete “*dado*” é definido, por Aurélio Buarque de Holanda, como *elemento ou quantidade conhecida, que serve de base à resolução de um problema; elemento ou base para a formação de um juízo*¹⁶³. Ostenta como sinônimos as palavras *base, elemento, informação*¹⁶⁴.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 140-141.

¹⁶² Nesse sentido Danilo Doneda: *a proteção de dados pessoais, em suma, propõe o tema da privacidade, porém modifica seus elementos; aprofunda seus postulados e toca nos pontos centrais dos interesses em questão. in* DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 205.

¹⁶³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Op. cit.*, p. 517-518.

¹⁶⁴ HOUAISS, Antônio. *Op. cit.*, p. 184.

O vocábulo “pessoal”, por sua vez, consoante explicação de Buarque de Holanda, *advém do latim personale*; e significa algo *relativo ou pertencente a pessoa; que é de propriedade duma certa pessoa; reservado, particular, íntimo*¹⁶⁵. Dentre os sinônimos citam-se *exclusivo, privado, restrito, único, individual, característico, particular, especial, específico, próprio*¹⁶⁶.

Conjugando-se as significações suprarreferidas, figuram os dados pessoais como *elementos que servem de base para a formação de um juízo relativo ou pertencente a certa pessoa, em caráter particular*.

A importância angariada pelos dados pessoais é tributária do desenvolvimento tecnológico experimentado na atualidade¹⁶⁷. A questão dos dados pessoais é resignificada com o advento das poderosas tecnologias de comunicação atuantes no ambiente cibernético. Isso porque tais aparatos permitem, a um, a captura desenfreada das informações concedidas pelos mais diversos meios telemáticos; e, a dois, o aumento da capacidade de tratamento desses dados, deles se podendo retirar informações em que antes, quando considerados de maneira isolada e sem a possibilidade do uso da tecnologia para jungi-los, não se fazia possível.

Acerca da resignificação dos dados pessoais e da atividade voltada a sua captura e utilização, seja por entes privados ou públicos, prescreve Danilo Doneda:

*o mero fato da informação ser processada por computadores representa, por si, uma mudança nos efeitos de seu tratamento. Alguns desses efeitos são mensurados quantitativamente, isto é, são decorrência do maior volume de informação que pode ser processado. Porém, não é somente a quantidade de informação processada que diferencia o tratamento informatizado de dados, mas também novos métodos, algoritmos e técnicas podem ser utilizados para este fim, operando igualmente uma mudança qualitativa no escopo do tratamento de dados pessoais*¹⁶⁸

A pessoalidade do dado, por sua vez, informa um valor significativo para a atual conformação jurídica brasileira e ocidental. Isso porque a proteção dos dados pessoais, ao fim e ao cabo, volta-se à proteção da própria pessoa. Ela é o objeto final da tutela; a partir dela e para ela devem ser pensadas as melhores técnicas de

¹⁶⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Op. cit.*, p. 1321.

¹⁶⁶ HOUAISS, Antônio. *Op. cit.*, p. 512.

¹⁶⁷ Nesse sentido, afirma Danilo Doneda: *o que hoje destaca a informação do seu significado histórico é a maior desenvoltura na sua manipulação, desde sua coleta e tratamento até os meios para sua comunicação. O vetor que faz a diferença é exatamente o tecnológico.* in DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 153.

¹⁶⁸ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 171-172.

proteção e os efeitos protetivos que se deseja em relação aos dados pessoais. A proteção da pessoa titular dos dados, portanto, repousa no vínculo indissociável que esses mantêm com os indivíduos ao quais dizem respeito¹⁶⁹.

A distinção dos dados pessoais para com o instituto da privacidade foi abordada em tópico específico deste trabalho, referente, justamente, à privacidade. Entretanto, de maneira a reforçar a diferença entre os temas, segue a lição de Stefano Rodotà, indicando que a privacidade apresenta, como característica marcante, um componente individual, de caráter estático, ao passo que os dados pessoais, com caráter diâmico, se voltam para o conceito de igualdade exercitado perante a coletividade. Para o autor:

o direito ao respeito da vida familiar reflete, primeira e principalmente, um componente individualista: este poder basicamente consiste em impedir a interferência na vida privada e familiar de uma pessoa. Em outras palavras, é um tipo de proteção estático, negativo. Contrariamente, a proteção de dados estabelece regras sobre os mecanismos de processamento de dados e estabelece a legitimidade para a tomada de medidas – i.e. é um tipo de proteção dinâmico, que segue o dado em todos os seus movimentos¹⁷⁰.

Com essa distinção não se afirma, entretanto, que a informação contida em dados pessoais não possa revelar aspectos da privacidade que dizem respeito a componentes individuais do sujeito. Nem quer se afirmar que tal conteúdo detenha valor diminuído para o titular dos dados pessoais. Ao revés. A exposição da privacidade, seja ela veiculada diretamente por mídias fotográficas ou videográficas, seja por meio de informação obtidas a partir de dados pessoais, costuma causar ao lesado intenso sofrimento, visto que desnudado em sua esfera íntima, cuja participação não é dada à sociedade em geral.

Os dados pessoais, em alguma medida, levam em consideração, quando não englobam, o instituto da privacidade. Essa é a razão pela qual certos autores afirmam ser a tutela dos dados pessoais uma evolução do próprio conceito de privacidade¹⁷¹.

¹⁶⁹ Sobre esses aspectos: ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 156-157.

¹⁷⁰ RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 17.

¹⁷¹ Nesse sentido, Danilo Doneda: *A necessidade de funcionalização da proteção da privacidade fez, portanto, com que ela originasse uma disciplina de proteção de dados pessoais, que compreende pressupostos ontológicos idênticos aos da própria proteção da privacidade: pode-se dizer que é a sua “continuação por outros meios”.* in DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 27.

Sem adentrar nessa discussão, afirma-se apenas que o direito à proteção dos dados pessoais é *autônomo* e *específico* dos demais concernentes à matéria¹⁷².

O direito à proteção de dados pessoais possui objeto próprio: a tutela das informações relativas a indivíduo específico ou especificável. O valor subjacente à norma, por sua vez, diz respeito à proteção do próprio indivíduo e de sua dignidade contra ingerências não democráticas em sua existência, mormente àquelas destinadas a ferir o princípio da igualdade que sustenta, em larga medida, o diploma constitucional em vigor no Brasil.

Nesse sentido, novamente Estefano Rodotá:

De fato, coletar dados sensíveis e perfis sociais e individuais pode levar à discriminação; logo, a privacidade deve ser vista como “a proteção de escolhas de vida contra qualquer forma de controle público e estigma social” (L. M. Friedman), como a “reivindicação dos limites que protegem o direito de cada indivíduo a não ser simplificado, objetivado, e avaliado fora de contexto” (J. Rosen). Já que os fluxos de informação não contêm somente dados “destinados para fora” – a serem mantidos longe das mãos alheias –, mas também dados “destinados para dentro” – sobre os quais talvez a pessoa queira exercer o “direito de não saber” –, a privacidade deve ser considerada também como o “direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular. Ao reivindicar a autonomia do indivíduo na sociedade da informação, uma decisão histórica da Corte Constitucional Alemã de 1893 reconheceu a “autodeterminação informativa”¹⁷³.

Os reflexos de uma atividade discriminatória no bojo da sociedade podem acarretar efeitos devastadores para a paz social, podendo se desdobrar sobre agrupamentos sociais inteiros¹⁷⁴; tal questão será melhor abordada quando tratarmos da questão da *surveillance*, mormente as modalidades de controle baseados no *banóptico* e no *sinóptico*.

¹⁷² Sobre a questão o escólio de João Carlos Zanon: *Os bens jurídicos tutelados pela privacidade e pelo direito à proteção dos dados pessoais não são coincidentes. Na privacidade, tutela-se a integridade psíquica do indivíduo (a necessidade humana de ter para si uma esfera de reserva). A proteção dos dados pessoais resguarda a pessoa de não ser discriminada pelas suas crenças religiosas, suas opiniões políticas e filosóficas, por sua etnia, condições de saúde ou orientação sexual; proteger os dados pessoais significa, também, evitar que o indivíduo seja impedido de acessar bens e serviços, a princípio só oferecidos àqueles com bons credenciais; conferir proteção aos dados pessoais implica, ainda, livrar-se de etiquetas e chancelas. Portanto, com a proteção aos dados pessoais, busca-se, sobretudo, a não discriminação, a não exclusão e a promoção da liberdade.* in ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 151.

¹⁷³ RODOTÁ, Stefano. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁷⁴ Consoante indica Zygmunt Bauman: *as práticas de tipo panóptico estão limitadas a locais destinados a seres humanos categorizados na coluna dos débitos, declarados inúteis, plena e totalmente “excluídos”.* in BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância...** p. 58.

Tratando da conceituação específica dos dados pessoais, essa pode ser encontrada tanto na doutrina quanto na legislação atinente ao tema. Comporta, ainda subdivisões importantes, diferenciando os dados pessoais a partir de seu conteúdo.

Na doutrina tanto nacional quanto estrangeira, tem se proclamado o caráter autônomo do direito à proteção dos dados pessoais, categorizando-o, inclusive, como direito fundamental. Exemplos nesse sentido são retirados das obras de, v.g., Stefano Rodotà, ao afirmar que:

*Tendo como objetivo permitir uma proteção forte aos indivíduos, o direito à proteção de dados não deve ser considerado subordinado a nenhum outro direito. Significa que devemos ir além de uma simples análise balanceada de fatores, porque a própria proteção de dados é um direito fundamental*¹⁷⁵.

João Carlos Zanon também integra o conceito de dados pessoais dentre o rol de direitos fundamentais, ao lecionar que¹⁷⁶:

*Pode-se conceituar o direito à proteção dos dados pessoais como um direito fundamental que assiste a toda pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, residente ou não no Brasil, e que consiste na faculdade de obter informações, de controlar e inclusive de se opor ao tratamento de seus dados pessoais, assim como de resistir ao tratamento de dados pessoais sensíveis ou a decisões individuais automatizadas, de ver respeitada a confidencialidade de seus dados pessoais e de ser indenizado por danos materiais e morais sofridos em decorrência dessa atividade, independentemente de culpa*¹⁷⁷.

Na legislação alienígena, a referência europeia ao direito de proteção aos dados pessoais está contida na Diretiva 95/46/CE. Análise mais acurada e ampla da Diretiva como um todo se dará em tópico específico. Acerca dos dados pessoais, assim preceitua a Diretiva, em seu art. 2º, a:

Para efeitos da presente directiva, entende-se por:
a) « Dados pessoais », qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (« pessoa em causa »); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa ou indirectamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social;

¹⁷⁵ RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁶ Sobre o conceito específico do termo dados pessoais, leciona também Zanon: *Dados pessoais para fins de proteção legal diferem-se de dados estatísticos ou anônimos. O dado que é objeto de proteção legal é aquele que reflete a personalidade de alguém, estando vinculado a determinado sujeito, identificado ou identificável.* in ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 169.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 169.

Referido texto legal será, em maio de 2018, substituído por nova Diretiva, registrada sob o n.º 2016/680. Tal normativa encerra, em seu artigo 3º, 1, concepção muito parecida acerca dos dados pessoais. Confira-se a redação empregada pela Diretiva:

Para efeitos da presente directiva, entende-se por:

«Dados pessoais», informações relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador como, por exemplo, um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores em linha ou um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular;

Cotejando as conceituações apostas nas Diretivas com a doutrina nacional e estrangeira, se percebem mais similitudes do que diferenças: ambas promovem uma ligação intrínseca entre a informação e o seu carácter pessoal, advindo de indivíduo identificado ou identificável (a fim de resguardar, justamente, o carácter da personalidade); além disso, é conceituada como direito fundamental, algo que é feito tanto pela doutrina mencionada quanto pelas Diretivas, que, em seus artigos 1º, 1, da Diretiva 95/46/CE ¹⁷⁸, e artigo 1º, 2, a, da Diretiva 2016/680 ¹⁷⁹, preveem expressamente esse direito dentre o rol de direitos fundamentais. Cabe, ainda, salientar uma diferença: as Diretivas apenas se aplicam entre entes privados, visto que a redação por ela utilizada cristaliza direitos apenas em favor dos indivíduos singulares; no Brasil, porém, não encontramos tal restrição legal.

No direito pátrio, a menção mais conceitual aos dados pessoais – ainda que a proteção a este instituto seja derivada da Constituição – está contida na Lei 12.965/2014, denominada de Marco Civil da Internet. Nela, entretanto, estão realçados aspectos específicos dos dados pessoais: os dados pessoais não sensíveis, ou metadados.

Assim dispõe o Marco Civil da Internet, em seu art. 5º, VI e VIII:

¹⁷⁸ Artigo 1º - Objecto da directiva

1. Nos termos da presente directiva, os Estados-Membros asseguram:

a) A proteção dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares e, em especial, o seu direito à proteção dos dados pessoais; e

¹⁷⁹ 2. Nos termos da presente directiva, os Estados-Membros asseguram:

a) A proteção dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares e, em especial, o seu direito à proteção dos dados pessoais; e

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;

...

VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

A redação empregada pelo Marco Civil da Internet explicita uma diferença conceitual interna aos dados pessoais: sua divisão entre dados sensíveis e dados não sensíveis¹⁸⁰.

Consoante leciona Danilo Doneda, *a categoria de dados sensíveis é fruto de uma observação pragmática da diferença que apresentam o efeito do tratamento destes dados em relação aos demais*¹⁸¹. E arremata: *a própria seleção de quais seriam estes dados considerados sensíveis provém da valoração de que a circulação de determinadas espécies de informação apresentaria um elevado potencial lesivo aos seus titulares, em uma determinada configuração social*¹⁸².

A diferença básica entre os conceitos pode ser traduzida, portanto, em dados cujo conhecimento e utilização dizem respeito apenas ao indivíduo, constituindo a esfera de sua intimidade e sobre o qual constroi sua identidade – os *dados sensíveis*, ligados, por exemplo, a opiniões políticas, opções religiosas, saúde e vida sexual,

¹⁸⁰ Há, ainda, autores que defendem essa divisão em três conceitos, a exemplo de Tatiana Malta Vieira. Tais conceitos são: *Os dados pessoais podem ser classificados em três espécies: não sensíveis, sensíveis; e de tratamento proibido. Os dados não sensíveis pertencem ao primeiro círculo da teoria alemã das esferas (Sphärentheorie), correspondendo à esfera privada de seu titular, denominada Privatsphäre pelos alemães ou Sphere of Privacy pelos norte-americanos. Os dados sensíveis pertencem ao segundo círculo denominado Intimsphäre, abrangendo os valores atinentes ao âmbito da intimidade ou esfera confidencial, cujo acesso é mais restrito. Os de tratamento proibido pertencem à esfera do segredo – Geheimsphäre na teoria alemã – abrangendo as manifestações espirituais da pessoa características da vida íntima strictu sensu.* in MALTA VIEIRA, Tatiana. *Op. cit.*, p. 228. Ocorre que a referência a essa teoria das esferas (ou teoria da “cebola passiva”), desenvolvida por Henrich Hubmann, é criticada por autores como Danilo Doneda, razão pela qual não a utilizamos no presente trabalho. Sobre a questão, afirma Doneda: *Nela ecoa, por exemplo, a doutrina de Hubmann, constantemente referida, que utiliza um esquema de esferas concêntricas para representar os diferentes graus de manifestação do sentimento da privacidade: a esfera da intimidade ou do segredo (Intimsphäre, que para outros autores seria a Geheimnisphäre); a esfera privada (Privatsphäre) e, em torno delas, a esfera pessoal, que abrangeria a vida pública (Öffentlichkeitsbereich).* Tal teoria, que hoje chega a ser jocosamente referida pela própria doutrina como a teoria da “pessoa como uma cebola passiva”, foi desenvolvida e posteriormente abandonada, ao menos no que se refere à sua aplicação em tema de proteção de dados pessoais (em uma célebre sentença de 1983) pelo Tribunal Constitucional Alemão. in DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 108-109.

¹⁸¹ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 161.

¹⁸² *Idem*.

entre outras – e dados cuja ciência por terceiros não influencia, em princípio, na maneira como molda sua concepção humana – a exemplo do nome, filiação, estado civil, entre outros¹⁸³.

Essa diferença conceitual estabelece, inclusive, um princípio no âmbito europeu: o *princípio do não tratamento de dados sensíveis*¹⁸⁴. Tal princípio é reconhecido pela Diretiva 95/46/CE, que, em seu art. 8º, preceitua:

Artigo 8º

Tratamento de certas categorias específicas de dados

1 . Os Estados-membros proibirão o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual.

A partir da diretiva 2016/680, que vigorará a partir do ano vindouro, vemos que a preocupação com o tratamento dessa espécie de dados se intensifica, visto que a legislação se robustece, angariando condições ainda mais específicas para que se promova o tratamento de dados sensíveis. Assim dispõe o art. 10º de referida Diretiva:

Artigo 10.º

Tratamento de categorias especiais de dados pessoais

O tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, o tratamento de dados genéticos, dados biométricos destinados a identificar uma pessoa singular de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou à orientação sexual, só é autorizado se for estritamente necessário, se estiver sujeito a garantias adequadas dos direitos e liberdades do titular dos dados, e se:

- a) for autorizado pelo direito da União ou de um Estado-Membro;*
- b) se destinar a proteger os interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; ou*
- c) estiver relacionado com dados manifestamente tornados públicos pelo titular dos dados.*

Ao tempo em que se compreende a distinção feita entre dados sensíveis e dados não sensíveis – concordando-se, ainda, com a importância elevada dos primeiros ante as informações que encerram –, considerando os fatos indicados no primeiro capítulo e a ânsia de empresas e do Governo em capturar toda e qualquer espécie de dado pessoal, ainda que não promova o tratamento de todos, indica que

¹⁸³ A categoria referenciada no art. 5º, VI e VIII, do Marco Civil da Internet, portanto, diz respeito aos dados não sensíveis.

¹⁸⁴ Sobre o tema, ver MALTA VIEIRA, Tatiana, *Op. cit.*, p. 265-266.

a distinção supramencionada não deve servir para que se negligencie a proteção a dados considerados não sensíveis. Isso porque o atual poderio tecnológico permite que o cruzamento de dados aparentemente inofensivos em um contexto isolado, quando jungidos, promovam o esquadrinhamento da vida de determinado indivíduo, a partir do qual tais informações podem ser utilizadas para os mais diversos fins: desde potencializar os ganhos de determinada empresa, até cercear a liberdade do cidadão em face de um tratamento desigual pelo Governo.

Deve-se lembrar, ainda, a categorização de dados promovida no primeiro capítulo: os dados sobre conteúdo e os metadados. Essa distinção continua válida, e caminha *pari passu* com a distinção dos dados sensíveis e não sensíveis, com elas se combinando e coexistindo. Sobre todos, entretanto, ante uma realidade submetida às atividades da *surveillance*, deve recair uma proteção efetiva, cabendo ao direito, além de reconhecer, como já o faz, a fundamentalidade e autonomia do direito à proteção dos dados pessoais, compreender as nunces dos tempos atuais, a fim de que adeque, o máximo possível, o alcance de sua tutela às situações envolvendo os dados pessoais.

2.1.5. BANCO DE DADOS

Definido semânticamente como *coleção abrangente, organizada e inter-relacionada de dados armazenados em um meio físico, com o objetivo de evocar ou minimizar duplicidade de informação, otimizar a eficácia de seu tratamento, permitindo o acesso, através de diversas formas, a uma grande variedade de informações*¹⁸⁵, a atividade de formação de bancos de dados não depende propriamente da tecnologia informática: o trato manual dessa informações, ainda que com dispêndio superior de tempo e energia para coleta e organização, é algo possível¹⁸⁶.

O instituto comporta definição doutrinária – Doneda, por exemplo, afirma que ele *consiste, basicamente, em um conjunto de informações organizadas segundo uma determinada lógica*¹⁸⁷. Sua conceituação, entretanto, foi reservada, pelo art. 3º, §2º, da Lei 7.232/1984 (normativa que define a Política Nacional de Informática), ao menos em solo brasileiro, à edição de lei específica¹⁸⁸. Essa, contudo, nunca foi editada.

¹⁸⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Op. cit.*, p. 227

¹⁸⁶ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 159.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 158.

¹⁸⁸ Art. 3º Para os efeitos desta Lei, consideram-se atividades de informática aquelas ligadas ao tratamento racional e automático da informação e, especificamente as de:

Nada obstante, é na Lei que se buscam os elementos caracterizadores desses depósitos de dados, definidos justamente em face do tratamento legal a eles dispensados. Nesse sentido, deve-se mencionar, por primícias, o Código de Defesa do Consumidor, que dedicou toda a Seção VI de seu Capítulo V, aos *Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores*. João Carlos Zanon, retomando as lições de Herman Benjamin (um dos autores do anteprojeto do CDC), apregoa que entre *bancos de dados e cadastros de consumidores* residem diferenças relevantes, a saber: o primeira se caracteriza pela aleatoriedade na coleta dos dados, buscando-os no espectro mais amplo possível, organizando-os de maneira permanente, mantidos sem a autorização nem conhecimento dos consumidores, com o propósito de transmissibilidade a terceiro, a rogo de seus titulares; o segundo, por sua vez, se caracteriza por ter suas bases de dados delimitadas às informações relevantes ao consumo, durável apenas pelo tempo de relacionamento com o cliente, gozando apenas de transmissibilidade interna¹⁸⁹.

Dentre os bancos de dados mais conhecidos voltados às relações de consumo, pode-se citar os Serviços de Proteção ao Crédito, além do SERASA, referido, este último, no capítulo anterior. A disciplina prevista do CDC, entretanto, é aplicável a qualquer espécie de banco de dados de consumo, sejam eles públicos ou privados (visto que, por força expressa do contido no art. 43, §4º, do CDC, os arquivos de consumo, ainda que de origem privada, tem caráter público), completos ou precários, informatizados ou não. A preocupação com a integridade dos dados – e, por conseguinte, com o respeito da dignidade da pessoa humana – fica clara no texto consumerista, que exige dos cadastros e dos dados de consumidores objetividade, clareza e veracidade (art. 43, §1º, CDC), sob pena de sanção criminal¹⁹⁰.

A Lei reguladora do remédio constitucional do *habeas data* também encerra forte protagonismo no que toca ao tema do banco de dados. Registrada sob o n.º 9.507/1997, visa *regular o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data*. Tal normativa, ainda que não traga em seu bojo uma

...

§ 2º A estruturação, a exploração de bancos de dados (Vetado) serão reguladas por lei específica.

¹⁸⁹ ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 134.

¹⁹⁰ Assim dispõe o art. 72 do CDC:

Art. 72. Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros:

Pena Detenção de seis meses a um ano ou multa.

definição direta sobre a expressão “banco de dados”, dela se utiliza para conceituar o conjunto de registros de dados pessoais mantidos por órgãos públicos ou de maneira equiparada (cf. art. 1º, par. ú., da Lei 9.507/1997), sendo faculdade do titular acessá-los e, caso necessário, retificá-los, podendo ainda inserir, sobre dado verdadeiro, contestação ou explicação que entenda pertinente (art. 7º da Lei supramencionada).

O tema do banco de dados é tratado ainda em outras normativas, a exemplo da Lei n.º 12.414/2011, que *disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito*. Desse diploma legal se extrai, inclusive, uma metalinguagem explícita acerca do conceito de banco de dados, definida no art. 2º, I, da seguinte forma: *Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - banco de dados: conjunto de dados relativo a pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro*. A “Lei do Cadastro Positivo”, como ficou conhecida, ostenta ainda, além da própria definição normativa de banco de dados, permissões e restrições expressas quanto ao armazenamento da informação, guardando assim destaca importância na tarefa de se conceituar o tema “banco de dados” em solo pátrio¹⁹¹.

¹⁹¹ Como exemplo, veja-se o contido no art. 3º de referido diploma legal:

Art. 3º. Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei.

§1º Para a formação do banco de dados, somente poderão ser armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado.

§2º Para os fins do disposto no § 1o, consideram-se informações:

I - objetivas: aquelas descritivas dos fatos e que não envolvam juízo de valor;

II - claras: aquelas que possibilitem o imediato entendimento do cadastrado independentemente de remissão a anexos, fórmulas, siglas, símbolos, termos técnicos ou nomenclatura específica;

III - verdadeiras: aquelas exatas, completas e sujeitas à comprovação nos termos desta Lei; e

IV - de fácil compreensão: aquelas em sentido comum que assegurem ao cadastrado o pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados sobre ele anotados.

§3º Ficam proibidas as anotações de:

I - informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor; e

II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

A legislação¹⁹² ainda contempla outros exemplos em que são consignadas referências a bancos de dados, como a Lei n.º 12.527/2011 (denominada comumente de Lei da Transparência) e a Lei n.º 12.654/2012, que promove a criação de banco de dados para armazenamento de perfis genéticos de criminosos, mediante a extração de DNA dos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, além de delitos correlatos.

De todo o exposto, se extrai, como ponto comum, que os bancos de dados buscam armazenar informações, de maneira mais ou menos ampla, a fim de deles extrair informações pertinentes aos objetivos de seu detentor. Ocorre, entretanto, que o conceito de banco de dados, ainda que importante para se delimitar o alcance normativo sobre a questão, perde força em face da questão global envolvendo os próprios dados pessoais e as atividades massivas de suas capturas e tratamento. Além disso, a novel característica da *ubiquidade* – permitida pela computação em nuvem e abordada no tópico específico de análise da surveillance, no capítulo 3 deste trabalho – em que a informação não se encontra armazenada em apenas um local físico, mas transita pelo ambiente cibernético, denota que a formação de bancos de dados, ao tempo em que se fortalece pela imensa capacidade de armazenamento e captação, não mais se organiza em estruturas estáticas, razão pela qual os próprios dados, considerados em sua fluidez e volatilidade, dão o tom da atual preocupação sobre o tema. É isso que leciona Doneda, ao dizer que *o conceito de banco de dados perdeu a centralidade nesta matéria e que passou a dividir as atenções com os dados pessoais em si, particularmente considerados; além do que a organização da informação através de redes relacionadas não raro de modo complexo, contribui para o enfraquecimento desta centralidade da noção do banco de dados*¹⁹³.

2.2. JUSTIFICATIVA PARA A DELIMITAÇÃO DO TRABALHO AOS DADOS PESSOAIS

O mundo natural é exterior ao Direito. Ainda que a compreensão acerca da existência das coisas admita múltiplas versões, advindas de correntes filosóficas e religiosas distintas, integrada, ainda, por diferentes perspectivas científicas e

¹⁹² Não se olvida, nesse jaez, que a legislação estrangeira também se ocupa do tema, citando-se, como exemplo, o contido no art. 2, c, da Direti «Ficheiro», um conjunto estruturado de dados pessoais acessíveis segundo critérios específicos, centralizado, descentralizado ou repartido de modo funcional ou geográfico. Disponível em:

¹⁹³ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 159.

sensoriais, certo é que ela, em si, se difere do Direito. Não há, por assim dizer, amálgama entre o que podemos denominar de “natureza”, e o sistema normativo: enquanto aquela se desenvolve de maneira independente das categorizações humanas, nesse, a deôntica, conferida pelos imperativos linguísticos a ela atribuídos, fornece aos atos e fatos naturais significação jurídica, fazendo com que assim pertençam ao domínio da normatividade¹⁹⁴.

A juridicidade, portanto, é característica atribuída artificialmente à realidade. Para este mister, elege-se bens mais ou menos importantes, a depender da vontade legislativa, seja ela indicada de maneira anterior – respeito à Constituição Federal e aos valores nelas encerrados – ou no momento da edição da lei, com a força correspondente ao comportamento que se quer ver adotado em detrimento de determinado bem jurídico.

Um dos sinônimos comumente utilizados para se referir à Constituição é a expressão “Carta Política”¹⁹⁵. Justamente por enumerar e limitar poderes e funções, ostenta essa expressão um componente discricionário, de governança, que implica em fazer escolhas, sejam elas de natureza legislativa ou executiva – colocando acima de seus interesses individuais o bem comum, a exemplo daquilo que faziam os cidadãos que se dedicavam, na Grécia antiga, ao governo da *pólis*: os chamados *politikos*¹⁹⁶.

No presente trabalho, elege-se os dados pessoais como o objeto mais importa de estudo, apregoando, por conseguinte, que o direito os tutele efetivamente, tanto por meio de escolhas políticas no âmbito do poder legislativo quanto do poder

¹⁹⁴ Acerca da relação existente entre os planos do *ser* e do *dever ser*, imperiosa a citação do que prescreve Hans Kelsen: *O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico – não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é sua faticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere por seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação.* in KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 4.

¹⁹⁵ Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes: *Compõe a Constituição também, sob esse ponto de vista, as normas que limitam a ação dos órgãos estatais, em benefício da preservação da esfera da autodeterminação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político. Essas normas garantem às pessoas uma posição fundamental ante o poder público (direitos fundamentais).* in MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 62.

¹⁹⁶ Disponível em: <http://www.dicionarioetimologico.com.br/politico/>. Acesso em 25/01/2017.

executivo, bem como através da atividade judicante voltada a uma aplicação responsável e eficaz do arcabouço normativo em voga. Dentre vários dos argumentos já apresentados, remete-se, neste momento, a três fatores principais, justificantes da opção pela proteção dos dados pessoais como tema de incomparável importância no cenário atual: 1) a autonomia e a estatura jurídica de que goza o direito de proteção aos dados pessoais; 2) o cenário internacional de ataque massivo ao direito de proteção aos dados pessoais; e 3) a importância que a manutenção do controle e da integralidade dos dados pessoais ostentam para os indivíduos inseridos no atual contexto líquido-moderno.

A primeira delas, referente a autonomia e estatura dos dados pessoais, será melhor abordada quando se tratar do panorama nacional de proteção a esses dados pessoais. Não obstante, insta salientar que a posição a ser adotada neste trabalho é a de que: a) o direito de proteção aos dados pessoais goza de autonomia em comparação ao direito de proteção à vida privada, à intimidade e à privacidade – consoante exposto nos subtópicos desse capítulo – diferenciando-se deles quantitativa e qualitativamente, exigindo, outrossim, glossário de tratamento próprio, além de se submeter a princípios específicos, demandando, inclusive, quer pela lógica subjacente às suas características, quer pelo comando legal expressado no art. 3º, III, da Lei n.º 12.965/2014, a edição de lei específica para sua regulamentação; e b) o direito de proteção aos dados pessoais se apresenta com estatura constitucional, enquanto corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os cidadãos, considerando a sua potencial utilização como forma de exclusão e promoção da desigualdade social.

Na segunda, se verifica que o cenário internacional de ataque aos dados pessoais foi neste trabalho profundamente analisado a partir da obra de autoria de Glenn Greenwald, na qual relatou e apresentou os argumentos e documentos expostos por Edward Snowden acerca do programa de vigilância e espionagem mantido, de maneira indiscriminada, pelos Estados Unidos da América, com a ajuda e conivência de diversos outros países. Estando o Brasil inserido no contexto da globalização, e existindo indícios concretos, advindos dos documentos apresentados por Snowden, de que o país vêm sendo objeto de espionagem internacional, urgente é a tutela do direito aos dados pessoais, cujo tratamento jurídico específico é, em solo pátrio, incipiente.

Por último, a importância dos dados pessoais para a constituição dos indivíduos se eleva, na atual conformação da modernidade de caráter líquido, de maneira intensa, tanto: *a)* pela vigilância constante a que são submetidos, proporcionando aos detentores do poder a capacidade de esquadrinhamento dos cidadãos, podendo contra eles promover classificações não democráticas, exclusões arbitrárias de gozo de direitos e de participação política, além da utilização desses mesmos mecanismos pelo mercado, a fim de moldarem o comportamento consumerista das pessoas consoante seus objetivos de aumento do capital; *b)* quanto pela própria construção de suas identidades em constante interação com o ambiente cibernético, sendo por ele influenciado em seus modos de pensar e de agir, momento em que os dados pessoais se tornam, em boa medida, aquilo que o ser humano realmente é, do modo do qual realmente se define.

Justificada a escolha pela análise específica do direito de proteção aos dados pessoais, promovendo, em relação a eles, as diferenciações necessárias – ainda que não exaustivas – frente aos demais vernáculos que orbitam o tema, imperioso analisar justamente a atual constituição da fonte produtora desses dados – as pessoas, razão última da tutela de qualquer direito.

CAPÍTULO 3 – DADOS PESSOAIS E O INDIVÍDUO

*O que é que pode fazer o homem comum
Neste presente instante senão sangrar?
Tentar inaugurar
A vida comovida
Inteiramente livre e triunfante?
Belchior – Conheço o Meu Lugar*

3.1. PERSPECTIVAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS

A coleta de dados pessoais, conforme demonstrado no primeiro capítulo, constitui uma atividade intensa, envolvendo tanto organismos privados quanto estatais. Estando o Brasil inserido nesse contexto, sofrem os cidadãos os efeitos dessa realidade, sendo suas comunicações e interações em ambientes informatizados objeto de coleta e de possível tratamento por parte dos diversos agentes interessados nos ganhos políticos e econômicos advindos desse mister.

Não se negligencia, entretanto, que a atividade de formação de bancos de dados não é necessariamente nova no cenário mundial. Catalogar e utilizar informações pessoais para fins específicos remonta a tempos longínquos, constando, inclusive, em narrativas bíblicas¹⁹⁷. Além disso, nem toda iniciativa dessa espécie carrega consigo uma nocividade exacerbada ao direito dos cidadãos, não podendo ser considerada, em si e necessariamente, ilícita. A questão que se deve destacar é que nunca antes se viu um poder tamanho de coleta instantânea de dados pessoais, o que o diferencia, qualitativamente – o que não quer dizer, entretanto, positivamente – da atividade efetivada em tempos de outrora.

Em verdade, certas atividades, potencializadas pelas ferramentas de coleta e tratamento de dados, quando utilizadas dentro dos limites da legalidade e para os fins específicos a que se destinam, podem se mostrar, no atual contexto tecnológico, diferenciais válidos e importantes para o sucesso de empresas e de melhora na qualidade de vida dos cidadãos. Exemplos do que se afirma podem ser encontrados na obra *Inovação*, de Mark Dodgson e David Gann. Ao tratarem de organizações empresarias e de inovações ocorridas nesse âmbito, por exemplo, fornecem a

¹⁹⁷ Conforme o livro de Lucas: *Naqueles dias, saiu um decreto do imperador Augusto mandando fazer o recenseamento de toda a terra – o primeiro recenseamento, feito quando Quirino era governador da Síria. Todos iam registrar-se, cada um na sua cidade.* BÍBLIA, Lucas, 2, 1-3. **BÍBLIA. N. T. Lucas.** In: BÍBLIA. Português. Bíblia sagrada: tradução da CNBB. São Paulo: Paulus, 2001, p. 1350.

amostra de que tais agentes “*estão usando análises de redes sociais por meio, por exemplo, de pesquisas ou do acompanhamento de correspondências de e-mail para entender os principais nós pessoais e organizacionais na empresa e ajudar a melhorar a tomada de decisões*”¹⁹⁸.

Outros exemplos benéficos e relevantes trazidos por Dodgson e Gann acerca do tratamento e utilização responsável dos dados produzidos pelos cidadãos dizem respeito às inovações ocorridas na seara hospitalar e automobilística. A primeira faz menção a um projeto da *International Business Machines* (IBM) com o *Google Health* e a *Continua Health Alliance*, a fim de criar sistemas de telemedicina capazes de confirmar, v.g., a autenticidade de suprimentos médicos, além de permitir a indivíduos e famílias que acompanhem a situação de saúde de pessoas próximas, obtendo fluxos de dados a partir de dispositivos médicos. Atualmente é utilizado pela Siemens para rastrear o número de compressas estéreis utilizadas em procedimentos cirúrgicos, a fim de evitar que alguma dessas seja esquecida no interior do paciente, sendo capaz, ainda, de monitorar as temperaturas de suprimento sanguíneo durante o processo de doação, concentração de células, armazenagem e uso¹⁹⁹.

No que concerne ao tráfego de veículos, aduzem que o congestionamento nas estradas estadunidenses, segundo a IBM, custa em torno de US\$ 80 bilhões ao ano, aliada ainda ao desperdício de por volta de três bilhões de galões de combustível (responsável pela emissão gigantesca de gases contendo dióxido de carbono), bem como de quatro bilhões de horas de trabalho perdidas. Cidades que padeciam do mesmo problema inovaram ao utilizar, como política pública, sistema de análises de dados para instrumentalização do tráfego automobilístico, a exemplo de Milão, que possui uma escala que regula as taxas de tráfego a depender do nível de poluição emitido por veículos individuais, devidamente identificados por câmeras que reconhecem, a partir de um banco de dados, o modelo e a faixa de cobrança adequada. Estocolmo, capital da Suécia, utiliza um sistema parecido: através de câmeras e lasers, identifica e cobra o tráfego de veículos de acordo com o horário em que esses transitam, tendo diminuído, com essa política, 25% das taxas de congestionamento e 12% dos índices de emissões de poluentes²⁰⁰.

¹⁹⁸ DODGSON, Mark e GANN, David. **Inovação**. Porto Alegre: L&PM, 2014, p. 118.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 136-137.

²⁰⁰ *Idem*.

Ocorre que, ao lado dessas iniciativas aparentemente inofensivas e profícuas, sobreleva-se uma grande rede de ataque aos dados pessoais. É corrente o alerta de que não se deve tomar a exceção como regra: entretanto, quando trilhões de dados pessoais são capturados, referentes a milhões de cidadãos de mais de uma centena de países, torna-se difícil sustentar que essa situação patológica figure como mera exceção do sistema de produção e armazenamento de dados pessoais, senão a força motriz de todo esse sistema altamente lucrativo²⁰¹.

Apresenta-se aqui o questionamento que se pretende enfrentar no presente capítulo: qual a importância dos dados pessoais para os cidadãos e para os agentes que a eles capturam e deles fazem uso? Ou, ainda, consoante afirma Zygmunt Bauman: *aceita-se de forma ampla que a vigilância é uma dimensão central da modernidade. Também temos que indagar: que tipo de modernidade?*²⁰² Algumas pistas acerca dessa indagação foram fornecidas por Gleen Greenwald, na obra citada no capítulo inaugural, mormente quanto a possibilidade de geração de categorizações sociais e de desigualdades entre os indivíduos; entretanto, deve se reconhecer que tal escrito constitui, acima de tudo, uma reportagem jornalística. Isso significa que, apesar de ter sido redigida por profissional de alto gabarito, com formação, inclusive, em ciências jurídicas, não se pode descurar de uma análise mais profunda, calcada em estudos desenvolvidos por especialistas comprometidos com a atual conformação social e o papel que a tecnologia e a produção de dados pessoais ostenta nessa realidade, a fim de se revelar, com maior clareza e refinamento, os efeitos que a ingerência dos dados pessoais causa aos cidadãos e à coletividade.

Para esse objetivo, elegem-se algumas perspectivas, originadas em vieses hermenêuticos diversos, mas que buscam, com importante grau de acuidade e cientificidade, dissecar aspectos importantes da atual realidade social, que servem como pano de fundo para as influências e motivos de interesse pela coleta, armazenamento e tratamento de dados pessoais. Assim como um giro de um caleidoscópio, que, ao rearrumar as mesmas partículas, fornece desenhos diferentes,

²⁰¹ Essa perspectiva é defendida por Zygmunt Bauman, quando afirma, de maneira incisiva, que *não importa quão numerosos sejam os exemplos de aplicações louváveis (ainda que seguramente não planejadas) das técnicas de vigilância, permanece o fato de que não são esses usos meritórios e aprováveis que estabelecem o padrão e desenharam o “mapa rodoviário” do desenvolvimento dessa tecnologia; tampouco são eles que decidem sobre seu valor social e ético.* In BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância...**, p. 94.

²⁰² BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância...**, p. 11.

ou, conforme expõe Ricardo Marcelo Fonseca, lembrando Michel Löwy, como uma atividade de pintura, em que a perspectiva adotada pelo artista influencia no resultado da obra²⁰³, diversos focos de análise, ao adotar diferentes objetos centrais de interesse e estudo, retornarão resultados distintos, reforçando, cada qual, aspectos diferentes da realidade; tal situação, entretanto, ao estabelecer uma conversa profícua com o tema dos dados pessoais, reforça a importância que tais dados ostentam no cenário nacional e internacional, vez que, em múltiplas arenas de estudo, flutuam como componente relevante para a compreensão da sociedade como um todo.

Os conceitos eleitos para as diversas abordagens foram os de: Modernidade Líquida e *Surveillance*. A esses conceitos conecta-se uma fonte paradigmática, representada por autor consagrado na análise da atual complexidade social: Zygmunt Bauman – sem qualquer prejuízo do diálogo dessas ideias com outras apresentadas por autores citados no decorrer do presente estudo, visto que a quase totalidade dos conceitos são ao menos mencionados em diferentes obras.

Na Modernidade Líquida, a atual conformação social é apresentada a partir de mudanças na compreensão de certos fenômenos, a exemplo do *tempo* e da *velocidade*, angariadas com a utilização massiva de novas tecnologias, de modo a tornar os arranjos sociais maleáveis. Essa fluidez que adquiriram as relações sociais impacta profundamente na constituição e compreensão dos próprios indivíduos enquanto atores sociais, influenciando em suas posturas e posicionamentos nos diferentes arranjos comunitários, bem como em face dos desafios proporcionados por vidas recheadas de incertezas pessoais e profissionais. Na *Surveillance*, se enfrenta propriamente a questão da vigilância, a partir de um modelo influenciado pela alta capacidade de armazenamento de dados e de observância massiva dos cidadãos,

²⁰³ Conforme destaca Fonseca: “O pintor, que tem diante de si uma paisagem a ser retratada, seria o cientista, que também tem o seu objeto (a sua paisagem) a considerar. A paisagem para o pintor seria, pois, o correspondente do objeto para o cientista. Mas fundamental para o cientista é também um belvedere, um observatório, de onde ele possa vislumbrar a paisagem de um modo mais inspirador (quicá mais abrangente) para retratar em seu quadro. Não é possível pintar um quadro de uma paisagem sem que o pintor se coloque em uma determinada altura e em uma perspectiva, que constituirão o observatório de onde a paisagem será retratada. Pois bem: esse observatório corresponde à teoria do cientista, pois sem um determinado ponto de observação (com uma altura e perspectiva dadas), o seu objeto não poderá ser alcançado. Não existe ciência sem uma estratégia teórica que busque alcançá-lo. Assim como para o pintor existem vários observatórios possíveis (e é justo pensar que em alguns desses observatórios a paisagem se mostrará mais do que em outros), para o cientista existem diversas teorias possíveis, que levarão a diferentes níveis de desvelamento de seu objeto.” (LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchausen: marxismo e positivismo na teoria do conhecimento**. 5. Ed. São Paulo: Cortez, 1994, *apud*. FONSECA, Ricardo Marcelo. *Op. cit.* p. 27).

com capacidade de classificá-los, com objetivos inclusivos ou excludentes, e de influenciá-los, a fim de que participem eficazmente do mercado e do direcionamento político quisto pelo arranjo político ao qual integra.

Em comum a todas essas perspectivas está o protagonismo das tecnologias da informação, que revolucionaram, mormente a partir da conectividade da internet, as formas de os seres humanos se relacionarem e experimentarem a realidade. Essa interação cibernética, por sua vez, produz, sem exceção, dados pessoais. Os dados pessoais possuem um alto valor na sociedade da modernidade líquida, distribuída em rede e examinada pela *surveillance*. Nesse sentido, forte é a advertência do mestre italiano Stefano Rodotà, ao afirmar que *a proteção de dados constitui não apenas um direito fundamental entre outros: é o mais expressivo da condição humana contemporânea. Relembrar isto a cada momento não é verbosidade, pois toda mudança que afeta a proteção de dados tem impacto sobre o grau de democracia que nós podemos experimentar*²⁰⁴. Ou, na afirmação simples e categórica de Zygmunt Bauman, *você é um hyperlink humano*²⁰⁵.

3.1.1. MODERNIDADE LÍQUIDA

Liquidez é o adjetivo utilizado por Zygmunt Bauman²⁰⁶ para caracterizar a atual disposição da sociedade, que também denomina de “*sociedade da modernidade fluida*”²⁰⁷, em oposição à solidez vislumbrada na modernidade de outrora.

Discorrer sobre qualquer arranjo social concebido como sucessor da modernidade significa correr certo risco. Isso porque inexiste qualquer fato histórico ou alteração verdadeiramente paradigmática que estabeleça, de forma autônoma, uma cisão entre a modernidade e uma “pós-modernidade” – com efeito, há muito de

²⁰⁴ RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 21.

²⁰⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância**... p. 36. Bauman esclarece que *a sociedade que entra no século XXI não é menos moderna que a que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente*.

²⁰⁶ Zygmunt Bauman (1925-2017), foi um sociólogo polonês. Iniciou sua carreira na Universidade de Varsóvia, onde ocupou a cátedra de sociologia geral. Teve artigos e livros censurados e em 1968 foi afastado da universidade. Logo em seguida emigrou da Polônia, reconstruindo sua carreira no Canadá, Estados Unidos e Austrália, até chegar à Grã Bretanha, onde em 1971 se tornou professor titular de sociologia da Universidade de Leeds, cargo que ocupou por vinte anos. Responsável por uma prodigiosa produção intelectual, recebeu os prêmios Amalfi (em 1989, por sua obra *Modernidade e Holocausto*) e Adorno (em 1998, pelo conjunto de sua obra), se tornando professor emérito das universidades de Leeds e Varsóvia. in BAUMAN, Zygmunt. **Em Busca da Política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, contracapa.

²⁰⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**... p. 31.

similar²⁰⁸ entre tais períodos²⁰⁹. Veja-se que o próprio Bauman, ao discorrer sobre este fenômeno, utiliza-se da expressão “*sociedade moderna em sua forma presente*”²¹⁰, denotando a ausência de um marco interruptivo único entre uma época e outra.

A questão central colocada pelo sociólogo polonês para estabelecer uma era “pós-moderna” repousa sobre a possibilidade de abordagem da “modernidade” sob uma perspectiva externa, focada como objeto separado do sujeito, permitindo assim que este se posicione em outro nível de observação – a pós-modernidade. Neste sentido aduz que:

*À diferença da noção de uma sociedade pós-industrial, o conceito de pós-modernidade refere-se a uma qualidade diferente do clima intelectual, a uma postura distintamente metacultural, a uma autoconsciência diversa de sua era. Um dos elementos básicos, senão o elemento básico, dessa autoconsciência é a compreensão de que a modernidade acabou, de que ela é um capítulo fechado na história, que pode agora ser contemplado em sua inteireza, com conhecimento retrospectivo de suas realizações práticas, bem como de suas esperanças teóricas*²¹¹.

Deste excerto, percebe-se que o sociólogo polonês se refere a vários conceitos próprios da atualidade, como sociedade pós-industrial, metaculturalidade e autoconsciência. De fato, ao estabelecer um contraste entre modernidade/pós-modernidade, Bauman recorrerá a diferenças históricas pautadas principalmente nestes quesitos, definidores, inclusive, dos parâmetros utilizados para a exposição de seu pensamento sociológico.

Buscando explicitar os principais motivos deste câmbio (modernidade/pós-modernidade), Bauman inicia sua explanação a partir das noções que os conceitos de “*espaço*” e de “*tempo*” assumiram na sociedade contemporânea. Tais concepções possuem uma importância visceral na compreensão da realidade proposta pelo Professor europeu, tendo em vista que o adjetivo “*líquido*”, utilizado para caracterizar

²⁰⁸BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**... p. 36. Bauman esclarece que “a sociedade que entra no século XXI não é menos moderna que a que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente”.

²⁰⁹BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 174. Neste sentido, esse autor afirma: “A análise da pós-modernidade não pode ser nada mais que um relatório de progresso. Suas proposições devem ser experimentadas, em particular porque a única realização sólida e indubitável do debate pós-modernista foi até aqui a proclamação do fim do Modernismo; quanto ao resto, estão longe de ser claros quais, entre os muitos tópicos do discurso, assinalam tendências duradouras e irreversíveis; e quais logo encontrarão seu lugar entre as coqueluches de um século reputado por seu amor às modas”.

²¹⁰BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**..., p. 31.

²¹¹BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores**..., p. 166.

a modernidade, advém justamente de uma nova percepção destes fenômenos. Nesse sentido aduz que:

Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas “por um momento”. Em certo sentido, os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, o tempo é o que importa²¹².

Para Bauman, a modernidade começa quando “espaço” e “tempo” se tornam conceitos separados, passíveis de teorizações distintas e mutuamente independentes da estratégia e da ação, em oposição a uma pré-modernidade que os concebia, a partir de sua experiência de vida, como inseparáveis²¹³. Um exemplo utilizado para demonstrar essa possibilidade de abordagem distinta destes conceitos diz respeito à “velocidade”, tendo em vista que esta pressupõe uma relação variável entre as dimensões tempo/espaço²¹⁴.

Com efeito, o tempo representa, nas categorias propostas por Bauman, a parte dinâmica, ativa e “líquida” da sociedade, enquanto o espaço – pesado, inerte e impassível – tornava-se cada vez mais a representação do lado “sólido” da realidade, consistindo em um “obstáculo aos avanços do tempo”²¹⁵.

Ocorre que, após um longo esforço para se acelerar mais e mais a velocidade do movimento, ao que tudo indica isto chegou ao seu “limite natural”. Com efeito, “quando a distância percorrida numa unidade de tempo passou a depender da tecnologia, de meios artificiais de transporte, todos os limites à velocidade do movimento, existentes ou herdados, poderiam, em princípio, ser transgredidos”²¹⁶.

Na modernidade líquida, o tempo assume uma importância ainda maior que na modernidade sólida. Isso porque tal conceito foi combinado com uma crescente superação das barreiras físicas dos Estados, ao ponto de ocorrer um fenômeno

²¹²BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**... p. 8.

²¹³*Ibidem*, p. 15.

²¹⁴*Ibidem*, p.16.

²¹⁵*Idem*.

²¹⁶ *Idem*.

determinado por Bauman como “*anulação tecnológica das distâncias temporais/espaciais*”²¹⁷.

Com efeito, alguns dos impactos mais importantes da valorização do tempo na “modernidade fluida” foram elencados, ainda, por Manuel Castells, como as “*transações de capital realizadas em fração de segundo, empresas com jornadas de trabalho flexível, tempo variável de serviço, indeterminação do ciclo de vida, busca da eternidade por intermédio da negação da morte, guerras instantâneas e cultura do tempo virtual*”²¹⁸, sendo que vários destes conceitos serão ainda abordados neste trabalho.

Nada obstante, há que ser feita uma importante ressalva: nem todos os indivíduos apresentam-se em igualdade de condições para se adaptar a esta nova realidade. Com efeito, a tecnologia emancipa certos seres humanos das restrições territoriais; por outro lado, para todos os excluídos, o enfraquecimento do poder do Estado gera uma boa quantidade de insegurança²¹⁹.

A paulatina valorização do tempo em relação ao espaço ganha uma explicação muito didática a partir do exemplo dado por Bauman acerca do “nomadismo”. Enquanto os hábitos nômades eram mal vistos durante o estágio sólido da modernidade – ao tempo em que a falta de “endereço fixo” e de “estado de origem” significam a vulnerabilidade face às leis e à proteção conferida pela comunidade –, atualmente a concepção de desprendimento territorial assumiu um novo conceito, de caráter positivo. Não que inexista discriminação no tocante aos “sem-teto” e “andarilhos”; todavia, não é sobre esta condição que o professor eslavo se refere quando se propõe a tal representação. Sua real intenção repousa na aferição positiva assumida pela movimentação frente à estaticidade, na qual, “*no estágio fluido da modernidade, a maioria assentada é dominada pela elite nômade extraterritorial*”²²⁰. Capacidade de mover-se leve permite que os poderosos busquem novas fontes de poder e de lucro, tornando cada vez mais desnecessário o estabelecimento de compromissos mutuamente vinculantes com os indivíduos pertencentes (presos) a determinada localidade.

²¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 25.

²¹⁸ CASTELLS, Manuel. *Op. cit.*, p. 555.

²¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 74.

²²⁰ *Ibidem*, p. 20.

Nesse contexto, Bauman assume que estas alterações concernentes à compreensão dos fenômenos “espaço” e “tempo” se relacionam umbilicalmente com as mudanças perpetradas no sistema de produção capitalista. Vigente na esmagadora parte do mundo ocidental, tal sistema acaba por vincular a compreensão da realidade, tendo em vista que *“o modo como os seres humanos entendem o mundo tende a ser sempre praxeomórfico: é sempre determinado pelo know-how do dia, pelo que as pessoas podem fazer e pelo modo como usualmente o fazem”*²²¹.

Com efeito, em oposição ao “*capitalismo flexível*” vivenciado atualmente e representando outro ponto de ruptura histórica entre modernidade e pós-modernidade, a fábrica fordista é apontada pelo sociólogo polonês como uma das maiores representações da modernidade em sua fase “sólida”. *Fordismo*, termo criado por Antonio Gramsci²²², refere-se a uma forma de racionalização da produção capitalista baseada em inovações técnicas e organizacionais articuladas por Henry Ford (1863-1947), empresário estadunidense fundador da *Ford Motor Company*, objetivando atender o consumo em massa através de uma produção do mesmo tipo, sendo símbolo de tal sistema produtivo as chamadas “linhas de montagem”.

Os indivíduos, imersos nesta lógica de produção ordenada, acostumavam-se a uma visão ritmada e previsível da realidade, na medida em que eram treinados para serem obedientes e desempenharem mecanicamente sua atividade laboral, suprimida qualquer iniciativa individual amparada pela reflexão e espontaneidade²²³.

Estar preso nesta “corrente invisível” da linha de produção moldou a forma de as pessoas verem a realidade durante um considerável período de tempo. Apesar disso, David Harvey destaca que, acima da forma corporativa de organização dos negócios e da racionalização do trabalho através de uma divisão funcional detalhada – que, conforme ensina, constituíram muito mais um desenvolvimento e extensão de tendências pré-estabelecidas tanto fática quanto teoricamente do que uma inovação propriamente dita –, o grande mérito do Fordismo repousa em uma especial peculiaridade: *a sua visão, seu reconhecimento explícito de que produção em massa significava consumo em massa*²²⁴.

²²¹ *Ibidem*, p. 68.

²²² GRAMSCI, Antonio. **Americanismo e fordismo**. in Obras escolhidas. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 1978, p. 311.

²²³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**, p. 34.

²²⁴ HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. 23. ed. São Paulo: Loyola, 2012, p. 121.

Bauman, por sua vez, atribui o posto de mais importante característica desse sistema produtivo a outro triunfo de Henry Ford, representado pela descoberta de como manter seus “defensores” – capital, administração e trabalho – dentro dos limites de sua fortaleza industrial, tendo em vista que “*este capitalismo ‘pesado’ era obcecado por volume e tamanho, e, por isso, também por fronteiras, fazendo-as firmes e impenetráveis*”²²⁵. Isso exemplifica outra conexão existente entre o Fordismo e a modernidade sólida acerca do valor dado às fronteiras territoriais. Neste sentido, Bauman indica que a defesa do próprio patrimônio produtivo dependia da salvaguarda do local onde a fábrica estava construída, pois lá se encontravam a maquinaria pesada e a força de trabalho maciça²²⁶.

Ainda que possa existir um dissenso no que toca à principal inovação do método fordista, certo é que o papel desempenhado por esta forma produtiva contribuiu para o modo de alocação e de auto-representação dos indivíduos em sociedade, na medida em que “*o fordismo era a autoconsciência da sociedade moderna em sua fase ‘pesada’, ‘volumosa’, ou ‘móvel’ e ‘enraizada’, ‘sólida’*”²²⁷.

Utilizado em larga escala por importantes empresas durante a época moderna e empregando muitos indivíduos, tinha seus métodos de trabalho como “*inseparáveis de um modo específico de viver e de pensar a vida*”²²⁸. Dessa forma, percebe-se muito claramente que o Fordismo influenciou a história da modernidade, moldando a realidade dos indivíduos submetidos a este sistema produtivo.

A ruptura existente nesse contexto importa no contraste assumido entre o Fordismo e o sistema produtivo próprio da modernidade fluida: o denominado “*capitalismo flexível*”.

Bauman se refere a este fenômeno como “*capitalismo leve*”, em oposição ao adjetivo “*pesado*” utilizado para denominar a fábrica Fordista. Para o Sociólogo polonês, a diferença mais importante entre tais sistemas produtivos reside justamente na ausência de centralidade e de liderança na condução das relações econômicas. Ao contrário do “*líder*”, figura recorrente no sistema produtivo anterior e representante de um exemplo a seguir, o máximo que se pode esperar da atualidade é a presença de um “*conselheiro*”, pois, diante das rápidas mudanças vivenciadas na realidade,

²²⁵ *Ibidem*, p. 69.

²²⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida...**, p. 69.

²²⁷ *Ibidem*, p. 69.

²²⁸ GRAMSCI, Antonio. **Selections from the prison notebooks**. Londres, 1985. *Apud*. HARVEY, David. *Op. cit.*, p. 121.

seguir os passos de alguém de sucesso não quer dizer, no mais das vezes, que quando se chegar ao final, o que se atingiu será digno da mesma recompensa, ou mesmo se ainda valerá alguma coisa.

Este mesmo conceito é chamado por Harvey de *acumulação flexível*. Para o geógrafo britânico, este fenômeno compreende a flexibilização dos processos e do mercado de trabalho, bem como dos produtos e dos padrões de consumo, além do surgimento de setores de produção e de mercados completamente novos, beneficiários de intensificada inovação comercial, tecnológica e organizacional – o que se opõe diretamente à rigidez do sistema fordista²²⁹. Aduz ainda que esta forma de capitalismo promove uma nova forma de “compreensão do espaço-tempo”, no qual os horizontes temporais concernentes às tomadas de decisão, tanto privada quanto pública, se estreitaram, enquanto que a comunicação via satélite e a diminuição de custos de transporte permitiu uma imediata difusão dessas decisões em um espaço cada vez mais amplo e variado²³⁰.

Outrossim, a crescente importância do “tempo” na produção capitalista flexível reflete, de maneira significativa, nos próprios trabalhadores responsáveis pela mão de obra. Dessarte, a destruição e reconstrução acelerada das habilidades dos trabalhadores, frente às demandas cada vez mais fluidas e efêmeras, foram uma característica central da passagem do Fordismo para os modos “flexíveis de acumulação”²³¹.

Nesse sentido:

*A economia” – o capital, que significa dinheiro e outros recursos necessários para fazer as coisas, para fazer mais dinheiro e mais coisas – move-se rápido; rápido o bastante para se manter permanentemente um passo adiante de qualquer Estado (territorial, como sempre) que possa tentar conter e redirecionar suas viagens. Neste caso, pelo menos, a redução do tempo de viagem a zero produz uma nova qualidade: um total aniquilamento das restrições espaciais, ou melhor, a total “superação da gravidade”. O que quer que se mova a uma velocidade à do sinal eletrônico é praticamente livre de restrições relacionadas ao território de onde partiu, ao qual se dirige ou que atravessa*²³².

Todo esse contraste entre o Fordismo e o capitalismo flexível ganha através de Bauman uma interessante ilustração: enquanto trabalhar na Ford implicava em

²²⁹ HARVEY, David. *Op. cit.*, p. 140.

²³⁰ HARVEY, David. *Op. cit.*, p. 140.

²³¹ *Ibidem*, p. 210.

²³² BAUMAN, Zygmunt. **Globalização...**, p. 63.

uma quase certeza de que a profissão seguiria seu curso no mesmo lugar, começar uma carreira na Microsoft hoje acarreta a incerteza do futuro, sendo praticamente impossível prever onde este percurso acabará²³³.

Além das concepções acerca do espaço e tempo, bem como das mudanças vislumbradas nos sistemas produtivos, Bauman se detém em uma análise pormenorizada dos denominados “anseios modernos”, ou, como prefere indicar, a tendência totalizante combatida pela teoria crítica.

Em parte considerável de suas obras, visualizamos o dispêndio de especial atenção aos estudos conduzidos pela denominada “Escola de Frankfurt”, cujos sociólogos principais eram representados por Theodor Adorno, Max Horkheimer, Herbert Marcuse e Erich Fromm²³⁴.

Esta escola detinha como objeto de estudo a “emancipação”, tendo em vista que a liberdade estava constantemente ameaçada pelo estabelecimento iminente de regimes totalitários, que viriam com o objetivo de aniquilar qualquer possibilidade de autodeterminação e individualidades sociais. *“Podemos dizer que a teoria crítica pretendia desarmar e neutralizar, e preferência eliminar de uma vez, a tendência totalitária de uma sociedade que se supunha sobrecarregada de inclinações totalitárias intrínseca e permanentemente”*²³⁵.

Nesse sentido, deve-se ter em mente que o conceito de “regimes totalitários” em Bauman não se confunde com os governos Nazista e Fascista estabelecidos na Alemanha e Itália, respectivamente, durante parte do Século XX. Para o sociólogo, totalitarismo significa a tendência a uma “totalidade social”, geradora de uma crescente homogeneização do agir e pensar humano e ditado pelos detentores do poder estatal. Em outras palavras:

*A tendência totalitária visa à total aniquilação da esfera privada, do reino da autoconstituição e autodeterminação individuais – em suma, à irreversível dissolução do privado no público. O objetivo não é tanto impedir os indivíduos de pensar – uma vez que isso seria impossível mesmo pelo mais fanático dos padrões – mas tornar o seu pensamento impotente, irrelevante e sem influência para o sucesso ou o fracasso do poder*²³⁶.

²³³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**..., p. 70.

²³⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Por uma Sociologia Crítica**: um ensaio sobre senso comum e emancipação. Rio de Janeiro: Zahar, 1977, p. 60.

²³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**..., p. 34.

²³⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Em Busca**..., p. 95.

Como dito, esta era justamente a preocupação da teoria crítica. A tendência totalitária esteve latente – e por vezes inteiramente ativa – em todo projeto modernista. Com efeito, Bauman não nega que os sociólogos adeptos da teoria crítica vislumbravam motivos para temer uma totalidade social, tanto que afirma:

*A modernidade trouxe, entre outras coisas, um novo papel para as idéias – porque o Estado buscou sua eficiência funcional na mobilização ideológica, por causa de sua acentuada tendência à uniformidade (manifestada da maneira mais espetacular na prática das cruzadas culturais), por causa de sua missão “civilizadora” e agudo proselitismo e devido a uma tentativa de colocar classes e localidades anteriormente periféricas em íntimo contato espiritual com o centro gerador de idéias do corpo político*²³⁷.

Entretanto, analisando a atual conjuntura social, Bauman advoga que os receios totalizantes vivenciados no início do séc. XX não mais subsistem no cenário ocidental. Com efeito, entende que o inimigo da emancipação – objetivo último da Escola de Frankfurt – reside justamente “do outro lado da moeda”: na esfera privada. Diz Bauman:

*A mesa foi virada, por assim dizer: a tarefa da teoria crítica foi invertida. Essa tarefa costumava ser a defesa da autonomia privada contra as tropas avançadas da “esfera pública”, soçobrando sob o domínio opressivo do Estado onipotente e impessoal e de seus muitos tentáculos burocráticos ou réplicas em escala menor. Hoje a tarefa é defender o evanescente domínio público, ou, antes, reequipar e repovoar o espaço público que se esvazia rapidamente devido à deserção de ambos os lados: a retirada do “cidadão interessado” e a fuga do poder real para um território que, por tudo que as instituições democráticas existentes são capazes de realizar, só pode ser descrito como um “espaço cósmico”*²³⁸.

*O tipo de modernidade que era o alvo, mas também o quadro cognitivo, da teoria crítica clássica, numa análise retrospectiva, parece muito diferente, daquele que enquadra a vida das gerações de hoje. Ela parece “pesada” (contra a “leve” modernidade contemporânea); melhor ainda, “sólida” (e não “fluida”, “líquida” ou “liquefeita”); condensada (contra difusa ou “capilar”); e, finalmente, “sistêmica” (por oposição a “em forma de rede”)*²³⁹.

Com isso não se quer dizer que os estudos desenvolvidos pelos fundadores da teoria crítica simplesmente não tenham mais espaço face às diferenças existentes intertemporais, pois os tempos pós-modernos não significam propriamente uma negação da modernidade: com efeito, significam muito mais a adoção de uma forma variável e versátil do mesmo fenômeno social moderno. As diferenças propostas por

²³⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, 64-65.

²³⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida...**, p. 49.

²³⁹ *Ibidem*, p. 33.

Bauman não tornam a crítica dispensável, muito menos assinala o fim da crítica como tarefa e vocação intelectual²⁴⁰. Nesse sentido:

As perspectivas para uma teoria crítica (para não falar da demanda por ela) não estão, porém, amarradas às formas de vida hoje em recuo da mesma maneira que a autoconsciência dos críticos está amarrada às formas, habilidades e programas desenvolvidos no curso do enfrentamento com elas. Foi só o sentido atribuído à emancipação sob condições passadas e não mais presentes que ficou obsoleto – não a tarefa da emancipação em si. Outra coisa está agora em jogo. Há uma nova agenda pública de emancipação a ser ocupada pela teoria crítica. Essa nova agenda pública, ainda à espera de sua política pública crítica, está emergindo junto com a versão “liquefeita” da condição humana moderna – e em particular na esteira da “individualização” das tarefas da vida que derivam dessa condição²⁴¹.

A questão é que o Estado, vislumbrando o crescimento dos poderes globais e estando restrito a uma atuação local, remeteu aos indivíduos a tarefa de cuidarem de si próprios, suportando todas as consequências advindas desse encargo. Bauman expressamente assume que “*não é mais verdade que o ‘público’ tente colonizar o ‘privado’*. O que se dá é o contrário: é o ‘privado’ que coloniza o espaço ‘público’”²⁴².

A “individualização” dos indivíduos é o fator responsável por essa mudança drástica na forma de se conceber “política”, ou ainda o “espaço público”, pois esta identidade particular deve ser encontrada, através de um protagonismo do próprio indivíduo. O sociólogo eslavo assim leciona:

Resumidamente, a “individualização” consiste em transformar a “identidade” humana de um “dado” em uma tarefa e encarregar os atores da responsabilidade de realizar essa tarefa e das consequências (assim como dos efeitos colaterais) de sua realização. Em outras palavras, consiste no estabelecimento de uma autonomia de jure (independentemente de a autonomia de facto também ter sido estabelecida)²⁴³.

Neste contexto, um exemplo interessante citado pelo professor polonês diz respeito às obras *1984*, de George Orwell²⁴⁴, e *Admirável Mundo Novo*, de Aldous Huxley²⁴⁵, cujas distopias concorreram, há aproximadamente cinquenta anos, para indicar a melhor representação dos temores de uma sociedade cujo futuro –

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 36.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 59.

²⁴² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida...**, p. 49.

²⁴³ *Ibidem*, p. 40.

²⁴⁴ ORWELL, George. **1984**. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

²⁴⁵ HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. São Paulo: Globo, 2001.

inexorável caso não fossem despendidos os devidos esforços para refreá-lo – rumava para o estabelecimento de uma visão totalitária.

É certo que o tom dado a cada obra divergia diametralmente: enquanto Orwell representava uma realidade imersa em escassez e penúria, com habitantes deprimidos e amedrontados, Huxley, antecipando uma coexistência feliz e despreocupada, previa uma terra de fartura e licenciosidade. Como bem define Bauman: *os dois mundos se opunham em quase todos os detalhes*²⁴⁶.

Nada obstante, o cerne desta análise não diz respeito às características reais atribuídas pelos escritores à sociedade do porvir, mas sim sobre um aspecto comum, compartilhado independentemente do impacto “positivo” (Huxley) ou “negativo” (Orwell) da vivência totalitária: a representação de uma realidade estritamente controlada²⁴⁷.

Esse controle da realidade implicava a redução das liberdades individuais, tendo em vista o distanciamento entre os detentores do poder e o resto da sociedade. Com efeito, havia *os remotos controladores e o resto, cada vez mais destituído de poder e controlado*²⁴⁸. Nesse sentido, a comunhão de ideias entre distopias tão divergentes apenas justifica-se para mostrar que, seja pensando em um futuro de penúria, seja vislumbrando um futuro de bonança, a visão daquela época estava determinada a encarar o porvir como totalizante, comandado e controlado.

Um olhar para a atualidade permite desconstruir este raciocínio. Com efeito:

*Não surpreende que não mais se escrevam distopias nestes tempos: o mundo pós-fordista, “moderno fluido”, dos indivíduos que escolhem em liberdade, não mais se ocupa do sinistro Grande Irmão, que puniria os que saíssem da linha. Neste mundo, no entanto, tampouco há espaço para o benigno e cuidadoso Irmão Mais Velho em que se podia confiar e buscar apoio para decidir que coisas eram dignas de ser feitas ou possuídas e com quem se podia contar para proteger o irmão mais novo dos valentões que se punham em seu caminho. Tudo, por assim dizer, corre agora por conta do indivíduo; e assim as utopias das boas sociedades também deixaram de ser escritas. Tudo, por assim dizer, corre agora por conta do indivíduo. Cabe ao indivíduo descobrir o que é capaz de fazer, esticar essa capacidade ao máximo e escolher os fins a que essa capacidade poderia melhor servir – isto é, com a máxima satisfação concebível*²⁴⁹.

A individualização chegou para ficar; toda elaboração sobre os meios de enfrentar seu impacto sobre o modo como levamos nossas vidas deve partir do reconhecimento desse fato. A individualização traz para um número

²⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**..., p. 64.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 65.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 73-74.

sempre crescente de pessoas uma liberdade sem precedentes de experimentar – mas (timeodanaoset dona ferentes...) traz junto a tarefa também sem precedentes de enfrentar as consequências. O abismo que se abre entre o direito à autoafirmação e a capacidade de controlar as situações sociais que podem tornar esta autoafirmação algo factível ou irrealista parece ser a principal contradição da modernidade fluida – contradição que, por tentativa e erro, reflexão crítica e experimentação corajosa, precisamos aprender a manejar coletivamente.

O ritmo da mudança talvez tenda a ser acelerado demais, e a velocidade com que novos fenômenos emergem na consciência pública e desaparecem das vistas é demasiadamente grande. Isso impede que a experiência se cristalice, estabelecendo-se e solidificando-se em atitudes e padrões comportamentais, síndromes de valores e visões de mundo, próprios para serem registrados como traços permanentes do ‘espírito de época’ e reclassificados como características singulares e duradouras de uma geração²⁵⁰.

Em apertado resumo, pode-se dizer que o principal objetivo da teoria crítica era a defesa da autonomia, da liberdade de escolha e da auto-afirmação humanas, do direito de ser e permanecer diferente²⁵¹. Todavia, este “direito de ser e permanecer diferente” representa hoje o fator principal para que as ações individuais não tenham os efeitos desejados, na medida em que não recebem apoio das demais pessoas, preocupadas com seu próprio “direito de ser e permanecer diferente”.

Abandonai toda esperança de totalidade, tanto futura quanto passada, vós que entraís no mundo da modernidade fluida²⁵², adverte ainda Bauman, em uma clara indicação de que esta característica se tornou fundamental para a compreensão da pós-modernidade. O protagonismo das ações, opções e consequências individuais, muitas vezes impostas aos indivíduos sem a real possibilidade desses, sozinhos, suportarem tal dever, constitui grande parte do cerceamento da autonomia atual – ou da necessidade de emancipação. Nesse sentido:

Essa tarefa coloca a teoria crítica cara a cara com um novo destinatário. O espectro do Grande Irmão deixou de perambular pelos sótãos e porões do mundo quando o déspota esclarecido deixou de habitar as salas de estar e recepção. Em suas novas versões, moderno-líquidas e drasticamente encolhidas, ambos encontram abrigo no domínio diminuto, em miniatura, da política-vida pessoal; é lá que as ameaças e oportunidades da autonomia individual – essa autonomia que não se pode realizar exceto na sociedade autônoma – devem ser procuradas e localizadas.²⁵³

Em uma quase conclusão sobre o papel que deve ser desempenhado atualmente pela Teoria Crítica, Bauman cita Habermas como seguidor da tendência

²⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. **A Arte da Vida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 85.

²⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida...**, p. 34.

²⁵² *Ibidem*, p. 29.

²⁵³ *Ibidem*, p. 63.

“moderna” – preso à ideia de existência de uma tendência totalizante –, utilizando-o como exemplo de como a atividade intelectual da Escola Alemã não deve seguir; com efeito, defende o professor polonês que o foco de atuação deve “mudar de plano”: se preocupar mais com a invasão do espaço público pelo privado do que o contrário. Assim se manifesta:

Muitos pensadores influentes (sendo Jürgen Habermas o mais importante deles) advertem sobre a possibilidade de que a “esfera privada” seja invadida, conquistada e colonizada pela “pública”. Voltando à memória recente da era que inspirou as distopias como as de Huxley ou de Orwell, pode-se compreender tal temor. As premonições parecem, no entanto, surgir da leitura do que acontece diante de nossos olhos com as lentes erradas. De fato, a tendência oposta à advertência é a que parece estar se operando – a colonização da esfera pública por questões anteriormente classificadas como privadas e inadequadas à exposição pública²⁵⁴.

É certo que a flexibilidade do capitalismo, refletido na flexibilidade da própria sociedade e agregada a uma crescente valorização do tempo face ao espaço, e ainda conjugada com a massiva importância hoje atribuída às ações individuais, fornecem grande parte da visão de Zygmunt Bauman acerca das rupturas existentes entre a sociedade pós-moderna e a anterior. Todavia, a essas ideias deve-se agregar outro conceito que, apesar de não ter sido demoradamente analisado por Bauman, permeia quase como um pressuposto a sua produção sociológica: trata-se da noção de *sociedade da informação*

Com efeito, o papel da tecnologia como viabilizadora da realidade líquido-moderna não é negligenciado pelo professor eslavo. Um exemplo muito claro disto é encontrado logo no primeiro capítulo da obra “*Tempos Líquidos*”, ao assumir que *num planeta atravessado por ‘auto-estradas da informação’, nada que acontece em alguma parte dele pode, de fato, ou ao menos potencialmente, permanecer do ‘lado de fora’ intelectual²⁵⁵.*

Alguns autores cunharão expressões como “sociedade global da informação”²⁵⁶, ou ainda “sociedade da informação tecnológica”²⁵⁷, mas ambos buscam afirmar a mesma ideia: a rapidez com que as notícias e dados podem ser acessado e transmitidos impacta fortemente na realidade, demonstrando inclusive

²⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**..., p. 82.

²⁵⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos**..., p. 11.

²⁵⁶ MATTELART, Armand. **História da sociedade da informação**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 7.

²⁵⁷ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**: a informatização judicial no Brasil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 52.

como a velocidade, conceito dependente da relação espaço/tempo, possui grande valor através da quase instantaneidade do mundo digital.

Ademais, deve-se ter em mente que a constante evolução e transformação da realidade – cada vez mais atrelada ao mundo virtual – não acontece por mero acaso, ou ainda por simples agrado ou dissabor da comunidade, mas ocorre enquanto parte de um projeto econômico e político, no qual o governo está profundamente inserido.

Nessa seara, o mais importante de ser explicitado diz respeito aos estudos do sociólogo espanhol Manuel Castells acerca da “sociedade em rede”, forma de organização da coletividade muitas vezes referida por Bauman como característica da modernidade “fluida”, em oposição à estrutura social conexa ao capitalismo pesado e à modernidade rígida.

Leciona Castells que *redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura*²⁵⁸. Essa importância é decorrente da anulação das distâncias para interação entre os pontos que ligam esta estrutura em rede – podendo estes pontos representar desde mercados de bolsa de valores, conselhos nacionais de ministros até gangues de rua e laboratórios clandestinos²⁵⁹. Isso porque *a inclusão/exclusão em redes e a arquitetura das relações entre redes, possibilitadas por tecnologias da informação que operam à velocidade da luz, configuram os processos e funções predominantes em nossas sociedades*²⁶⁰.

Dessa forma, as estruturas em rede se mostram perfeitas para organizar a *economia capitalista baseada na inovação, globalização e concentração descentralizada; para o trabalho, trabalhadores e empresas voltadas para a flexibilidade e adaptabilidade... e para uma organização social que vise a suplantação do espaço e a invalidação do tempo*²⁶¹ – basicamente tudo que Bauman defende como características próprias da modernidade líquida.

O contraste com a realidade anterior advém da própria ausência destas tecnologias que tornam possíveis as comunicações de forma rápida e eficiente. Certo

²⁵⁸ CASTELLS, Manuel. *Op. cit.*, p. 565.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 566.

²⁶⁰ *Idem*.

²⁶¹ *Idem*.

é que muito das ações dos indivíduos foram modificadas com a crescente utilização de tecnologias da informação na vida privada, consistindo hoje em um bem praticamente indispensável no dia-a-dia das pessoas.

Por fim, ainda que sem intenção, Castells reúne em uma única frase boa parte do que se expôs, com base em Zygmunt Bauman, neste subcapítulo, indicando praticamente uma conclusão quando assume que *o tempo eterno/efêmero da nova cultura adapta-se à lógica do capitalismo flexível e à dinâmica da sociedade em rede, mas acrescenta sua camada poderosa, instalando sonhos individuais e representações coletivas em um panorama mental atemporal*²⁶².

Estabelecidos assim os principais motivos para se adotar uma terminologia diversa para se designar a sociedade hodierna, importa declinar, evitando-se ao máximo os olhares ao passado, as principais características da “*modernidade líquida*”, consubstanciadas em cinco principais mudanças já vivenciadas por grande parte dos países ocidentais e que influenciam cotidianamente na forma de pensar e agir dos indivíduos.

Primeiramente, deve-se mais uma vez destacar aquela característica que conduz toda produção intelectual de Zygmunt Bauman: a passagem da fase “*sólida*” da modernidade para a fase “*líquida*”. Tal passagem, explica o professor em sua obra “*Tempos Líquidos*”, culmina em:

*uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não poderiam mais manter a sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõe e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam*²⁶³.

Rápida decomposição e dissolução das estruturas que limitam as escolhas individuais: esta é a principal feição da liquidez moderna. Significa assim que a realização de um “projeto de vida individual” não pode mais depender inteiramente das formas e organizações sociais, pois suas durações são mais curtas do que aquela necessária para que tal projeto se estabeleça. Nesse sentido, aduz que:

Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os

²⁶² CASTELLS, Manuel. *Op. cit.*, p. 555.

²⁶³ *Ibidem*, p. 7.

*padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro*²⁶⁴.

Um exemplo elucidativo sobre este “derretimento” talvez seja o da composição familiar. O significado de “família” consagrado há 50 anos não mais se coaduna com o conceito adotado atualmente. Neste sentido, Bauman ainda elenca exemplos com o “bairro” e a “classe”, demonstrando, nos mesmos moldes da família, a inviabilidade destes termos serem compreendidos da mesma forma que eram em sua conformação moderna, pois possuem tanto conformações quanto papéis diferentes²⁶⁵.

Este fenômeno de “*liquefação*” é complexo. Envolve muito dos conceitos expostos anteriormente, como a crescente valorização do tempo (advinda de sua relação com o espaço, em que o conceito velocidade emerge com importância significativa), impulsionada pelo galopante desenvolvimento tecnológico (responsável pela denominada “sociedade da informação tecnológica”, organizada em rede e acostumada com a instantaneidade da troca de dados promovida pela rede mundial de computadores), imerso em um capitalismo flexível, que exige dos particulares grandes habilidades de adaptação, hipervalorizando assim as escolhas e responsabilidades individuais.

A passagem para a fase *líquida* da modernidade reúne, por assim dizer, boa parte das mudanças propostas por Bauman para caracterizar a pós-modernidade, tanto é que se tornou a alcunha dada pelo Sociólogo ao presente tempo histórico.

Um segundo atributo próprio da “*modernidade fluida*” diz respeito ao crescente distanciamento (ou, nas palavras de Bauman, *iminente divórcio*²⁶⁶) entre o poder e a política. Com efeito, o estabelecimento de uma sociedade em rede, conectada independentemente das distâncias territoriais, favoreceu àqueles poderes que não dependem das fronteiras físicas para exercerem sua vontade e influência. O Estado-nação moderno confiava na sua capacidade de gestão do poder político; todavia, grande parcela do poder de agir se desloca hoje para um ambiente supranacional, globalizado há tempo suficiente para que mecanismos eficientes de atuação, principalmente do mercado, fossem criados e implementados.

²⁶⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**..., p.12.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 12-13.

²⁶⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos**..., p. 8.

Nesse sentido, a própria eficácia das regulamentações estatais é desafiada pelos “poderes globais”, na medida em que seu poder se demonstra realmente efetivo, com penetração intensa na sociedade ao se utilizar de mecanismos condizentes com o desenvolvimento da própria coletividade – v.g. a tecnologia e a promessa de uma individualidade feliz. Nessa linha, Bauman leciona:

*Quanto ao poder, ele navega para longe da rua e do mercado, das assembleias e dos parlamentos, dos governos locais e nacionais, para além do controle dos cidadãos, para a extraterritorialidade das redes eletrônicas. Os princípios estratégicos favoritos dos poderes existentes hoje em dia são fuga, evitação e descompromisso, e sua condição ideal é a invisibilidade*²⁶⁷.

Este entendimento é compartilhado inclusive por Antonio Manuel Hespanha, ao traçar um paralelo entre o poder e o Direito. Leciona o autor português que *o direito do Estado era todo o direito ou, pelo menos, dispunha, de forma absoluta, sobre o que era direito. Isto porque o Estado era tido como sendo a única entidade com legitimidade para dizer o direito*²⁶⁸. É certo que o Direito como norma – prescrição e sanção – mantém sua fonte produtiva legítima no Estado: entretanto, a realidade impõe cada vez mais a subserviência dos cidadãos face ao mercado e aos poderes globalizados, moldando as ações particulares, no mais das vezes, de forma mais eficiente do que o modelo estatal.

Nesse contexto, percebe o Estado que naufraga face as suas promessas constitucionais representadas pelo Estado de Bem-Estar Social, o que *obrigam ou encorajam os órgãos do Estado a abandonar, transferir ou... ‘subsidiar’ e ‘terceirizar’ um volume crescente de funções que desempenhava anteriormente*²⁶⁹.

Com efeito, *os verdadeiros poderes que modelam as condições sob as quais agimos atualmente fluem num espaço global, enquanto nossas instituições de ação política permanecem amplamente presas ao solo – elas são, tal como antes, locais*²⁷⁰.

Poderes atuando globalmente e legislações com eficácia local: essa realidade possui como resultado certo uma dose considerável de insegurança. E isso ocorre pela conjugação simultânea de dois aspectos (consistindo, inclusive, em causa e consequência): supervalorização dos indivíduos “libertados” (não mais sujeitos às

²⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**..., p. 50.

²⁶⁸ HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p. 18.

²⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos**..., p. 8.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 87.

diretrizes totalizantes estatais, “donos do próprio destino”) e a fragilidade e vulnerabilidade experimentada por esses indivíduos, privados da proteção que lhes era fornecida pelo Estado, antigamente formado por uma densa rede de vínculos sociais. Com efeito, *a insegurança alimenta mais insegurança; a insegurança perpetua a si mesma*²⁷¹.

Separação entre política e poder, portanto, tornou-se inerente ao estabelecimento de uma sociedade em rede global, e a insegurança talvez seja o aspecto mais vivenciado como reflexo deste fenômeno.

O terceiro aspecto elencado por Bauman se refere praticamente a uma consequência da crescente responsabilidade atribuída às ações individuais: o desaparecimento de boa parte dos atrativos ofertados pela coletividade, mitigando assim a chamada “solidariedade social”. Esta crescente ausência de solidariedade – permitida justamente porque os projetos individuais não se integram nem se confundem – impõe uma fragilidade importante no leque de escolhas individuais, na medida em que se solapa a colaboração que não seja movida por interesses egoístas imediatos, estimula-se a competição e, conduzida pelo mercado, torna temporária a imensa maioria das decisões possíveis de serem assumidas pelos particulares.

Neste sentido retoma-se Castells, ao se verificar que esta sociedade se agrega em formato de rede, em contraposição a uma estrutura sólida (tendente, durante muito tempo, à totalidade). Dessa forma, acaba sendo percebida como *uma matriz de conexões e desconexões aleatórias e de um volume essencialmente infinito de permutações possíveis*²⁷².

Em quarto lugar, a latente perda de significado de conceitos como “desenvolvimento”, “carreira” e “progresso”, na medida em que todos sugerem uma sucessão ordenada de fatos voltados para um fim, denota que a pós-modernidade, extremamente volátil, obriga que a vida seja fragmentada, vivida em “episódios”. Isso porque *cada passo seguinte deve ser uma resposta a um diferente conjunto de oportunidades e a uma diferente distribuição de vantagens, exigindo assim um conjunto diferente de habilidades e um arranjo diferente de ativos*²⁷³. Ocorre, assim, o que Bauman chama de *um presente perpétuo, implacavelmente remanescente*²⁷⁴

²⁷¹ BAUMAN, Zygmunt. **Em Busca da Política...**, p. 182.

²⁷² BAUMAN, Zygmunt. **Tempos...**, p. 9.

²⁷³ *Idem*.

²⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e...**, p. 180.

A realidade complexa, cada vez mais acostumada com as velozes transformações possibilitadas pela tecnologia, potencializada, por sua vez, pela flexibilidade capitalista, obriga os indivíduos a se preparem para diferentes desafios em curtos espaços de tempo, ou, quiçá, concomitantemente. Com efeito, frente a cada situação exige-se a utilização de um arcabouço distinto de empenho e de habilidades, fazendo com que *sucessos passados não aumentam necessariamente a probabilidade de vitórias futuras*²⁷⁵.

Um dos exemplos mais claros de como as rápidas transformações influenciam a realidade líquido-moderna diz respeito à releitura do vocábulo “progresso”. Se antigamente sua carga semântica ostentava um conceito positivo, representando “um momento posterior melhor do que o vivido hoje”, na atualidade passou a representar muito mais uma apreensão do que uma vitória. Isso porque a ocorrência do “progresso” demanda mudanças, muitas vezes imprevisíveis nos tempos hodiernos e que deverão ser enfrentadas, inexoravelmente, pelos indivíduos - protagonistas únicos de seus destinos. Diz Bauman:

*O ‘progresso’, que já foi a manifestação mais extrema do otimismo radical e uma promessa de felicidade universalmente compartilhada e permanente, se afastou totalmente em direção ao pólo oposto, distópico e fatalista da antecipação: ele agora representa a ameaça de uma mudança inexorável e inescapável que, em vez de augurar a paz e o sossego, pressagia somente a crise e a tensão e impede que haja um momento de descanso*²⁷⁶.

Nessa medida, *o profundo esquecimento de informações defasadas e o rápido envelhecimento de hábitos pode ser mais importante para o próximo sucesso do que a memorização de lances do passado e a construção de estratégias sobre um alicerce estabelecido pelo aprendizado prévio*²⁷⁷.

Esta constante transformação do ser humano é ainda comparada pelo Professor europeu a uma “obra de arte”, continuamente reinventada com vistas a se manter sempre atual. Nesse sentido:

Praticar a arte da vida, fazer de sua existência uma “obra de arte”, significa, em nosso mundo líquido-moderno, viver num estado de transformação permanente, auto-redefinir-se perpetuamente tornando-se (ou pelo menos

²⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos...**, p. 9.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 16.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 10.

*tentando se tornar) uma pessoa diferente daquela que se tem sido até então*²⁷⁸.

Por derradeiro, em quinto e último lugar, Bauman elenca como atributo inerente à sociedade da modernidade fluida a característica que chamou de “*privatização dos deveres modernizantes*”²⁷⁹. Isto significa a atribuição individual de responsabilidade pelas escolhas da vida em face de uma realidade mutável e incerta, tarefa que antes era ao menos dividida com a estrutura social ou estatal presentes na era da “*modernidade pesada*”.

Esse panorama se conecta diretamente aos estudos realizados pelo sociólogo eslavo acerca da Teoria Crítica e a pós-modernidade, pois sustenta que as “tendências totalizantes” previstas – e combatidas – pela Escola de Frankfurt deram lugar a um protagonismo cada vez mais intenso da vida individual, pois o Estado não mais se propõe a um controle da esfera privada; com efeito, Bauman chega a admitir que a “colonização” da esfera pública pela vida privada é um dos motivos para o enfraquecimento na confiabilidade das ações estatais hodiernas, tendo em vista que o próprio ambiente público advoga pela “privatização dos deveres modernizantes” referida anteriormente.

Não raro nos deparamos com situações em que as escolhas particulares devem encarar riscos produzidos por forças que extrapolam os próprios limites da ação individual – e que, não obstante, devem ser suportados pelos próprios cidadãos²⁸⁰. Dessa forma, percebe-se que esta quinta qualidade da modernidade fluida não significa simplesmente permitir que os cidadãos tomem decisões desvinculadas da ingerência do Estado, pois a tarefa vai muito além disso; consiste em uma verdadeira desregulamentação daqueles deveres da modernidade, na medida em que, muito do que era visto como consequência afeta a toda a coletividade, atualmente é colocada sobre os ombros de cada indivíduo.

Um reflexo interessante desta crescente responsabilidade individual diz respeito à realocação do discurso ético/político, migrando do conceito de uma “sociedade justa” (pressupondo uma comunhão equilibrada entre os componentes da comunidade) para o dos “direitos humanos”, de forma a reforçar a ideia de que os indivíduos, guiados legitimamente por uma concepção eudemonista, guardam todo o

²⁷⁸ BAUMAN, Zygmunt. **A Arte da Vida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 99.

²⁷⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**..., p. 38.

²⁸⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos**..., p. 10.

direito de se apresentarem diferentes, bem como de perseguir seus ideais de felicidade e de modo de vida²⁸¹.

Esta tendência deve ser também conjugada com a quarta característica da modernidade líquida, referente à supressão daqueles pensamentos voltados às ações de longo prazo. Nesse sentido, cientes os indivíduos de que suas ações representam soluções efêmeras, adequadas a uma vida episódica e imprevisível, percebem que a estratégia a ser utilizada combina muito mais com vocábulos como “versatilidade”, “adaptação” e “mobilidade”. Nesse sentido, aduz Bauman que:

a virtude que se proclama servir melhor aos interesses do indivíduo não é a conformidade às regras (as quais, em todo caso, são poucas e contraditórias), mas a flexibilidade: a prontidão em mudar repentinamente de táticas e de estilo, abandonar compromissos e lealdades sem arrependimento – e buscar oportunidades mais de acordo com sua disponibilidade atual do que com as próprias referências²⁸².

Todas estas cinco características impactam, de forma cotidiana, na vida dos indivíduos de diversos lugares do mundo. E todas elas evidenciam como a maleabilidade dos conceitos de espaço e de tempo propiciados pelo ambiente cibernético permeia a realidade diária dos cidadãos, em um contexto em que o Brasil não figura como exceção. Homens e mulheres não vislumbram escolha (talvez porque sejam muito reduzidas) a não ser assumir o desafio de, cientes da realidade, encarar uma vida de escolhas e objetivos individuais, com todo o ônus, e também eventual bônus, que isso possa acarretar.

Nesse sentido, verifica-se que, nada obstante o aumento de poder global em face daquele exercido pelas nações, o Estado continua sendo detentor do monopólio da jurisdição, e por isso deve, da forma mais eficiente e comprometida possível, auxiliar os cidadãos na perseguição de seus objetivos, ainda que estes sejam vividos dentro de uma “modernidade líquida”, protegendo-os, igualmente, das ingerências próprias dessa conformação social. Nessa proteção estão incluídos os dados pessoais. Considerando o protagonismo individual dessa era líquido moderna, com mais razão ostentam os dados pessoais elevada importância, visto que os indivíduos em muito dependem de si mesmos e de suas próprias informações para serem aceitos ou não pela realidade que os cerca, devendo ser protegidos daqueles que, mediante

²⁸¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**..., p. 38.

²⁸² BAUMAN, Zygmunt. **Tempos**..., p. 10.

o mapeamento de dados pessoais, os esquadrinham, os categorizam e os influenciam, muitas vezes por técnicas amigáveis e sedutoras, quando não completamente abconsas, a fim de que se tornem dóceis cidadãos e consumidores do estilo de vida líquido moderno.

3.1.2. SURVEILLANCE

Surveillance é um termo em inglês comumente traduzido como vigilância. Entretanto, o mesmo vocábulo pode ser utilizado para explicar o anglicismo *vigilance*. A forma que o *ato de se observar de maneira atenta, e as vezes oculta*, determinada pessoa ou fenômeno assumiu na atualidade, auxiliado por mecanismos tecnológicos que permite a captura e a guarda de centenas de milhares de informações, aponta para a insuficiência da utilização do termo vigilância em sua acepção original, dando lugar a um novo conceito, mais amplo e dinâmico, explicitado através de mencionado estrangeirismo²⁸³.

Há, portanto, não propriamente uma superação total do conceito tradicional de vigilância – ligado, consoante se verá, ao arquétipo prisional do *panóptico* de Jeremy Bentham –, mas sim um avultamento desse conceito, permitido pelas modernas táticas de observação, categorização e esquadrinhamento da sociedade, angariando a ele novas e complexas perspectivas²⁸⁴, razão pela qual, mais do que se optar pela utilização do vocábulo *surveillance*, deve-se colocá-lo como característica inerente do mundo ocidental hodierno.

Um exemplo, inclusive, de prática sofisticada de *surveillance* foi exposto, com minúcias, no primeiro capítulo, referente às técnicas de espionagem estadunidense reveladas por Edward Snowden. Consoante as revelações apresentadas pelo ex-

²⁸³ Nesse sentido leciona Elias Jacob de Menezes Neto, ao afirmar que “o uso comum da expressão *surveillance* fez com que ela permanecesse sendo traduzida para o português como “vigilância”. No entanto, como será visto, a *surveillance* deixou de ser mera vigilância, ou seja, um evento específico e dirigido contra determinados sujeitos, passando a constituir uma das características inevitáveis das sociedades contemporâneas”. In JACOB NETO, Elias. **Vigilância ou surveillance? Proposta para começar a compreender corretamente este fenômeno.** In: ROVER, Aires José; CELLA, José Renato Gaziero; AYUDA, Fernando Galindo (Org.). *Direito e Novas Tecnologias*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 532.

²⁸⁴ Citando, nesse sentido, Bolzan de Moraes e Jacob Neto: *entende-se, portanto, que as novas infraestruturas da tecnologia da informação, ao permitirem o processamento em tempo real e o armazenamento ilimitado de dados, não apenas “qualificam” a vigilância, mas introduzem mudanças qualitativas que permitem um “salto” em direção ao conceito de surveillance*. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. e MENEZES NETO, Elias Jacob de. *A insuficiência do marco civil da internet...* p. 421.

analista de sistemas, toda a comunicação desejável era armazenada pelos servidores estatais, tornando-se passível de tratamento

Essa técnica de vigilância difere daquelas apresentadas pela teórica tradicional, visto que ultrapassa quaisquer limites físicos da observância humana para relegar à dispositivos eletrônicos a tarefa de auscultar os indivíduos em diferentes plataformas de comunicação²⁸⁵.

Essa forma contemporânea de vigilância foi objeto de debate e estudo por Zygmunt Bauman e David Lyon, cristalizado na obra denominada “Vigilância Líquida”²⁸⁶. Por meio dela, expõe os autores, através da transcrição de diálogos mantidos por *e-mail* entre setembro e novembro de 2011, suas impressões acerca da *surveillance*. Não se ignora, nesse contexto, que a obra em questão foi escrita em momento anterior às revelações feitas por Edward Snowden; entretanto, o aparente descompasso na cronologia em nada interfere na validade dos pensamentos expostos por referidos pensadores, visto que os fatos desvelados pelo ativista americano apenas reforçaram a concepção de Lyon e Bauman acerca de uma vigilância vigorosa mantida na atualidade.

A abordagem do tema vigilância perpassa, obrigatoriamente, pela análise do Panóptico, estrutura vista, na modernidade, como paradigma do enclausuramento perfeito, dela se valendo inclusive Lyon e Bauman para guiar as análises empreendidas no texto *Vigilância Líquida*.

Com efeito, o controle social por meio de técnicas de vigilância foi inicialmente pensado pelo filósofo inglês Jeremy Bentham²⁸⁷ (1748-1832) mediante a proposição da noção de Panóptico, uma forma de se instaurar uma vigilância onipresente capaz de exercer o controle social de forma efetiva e sem violência física sobre os indivíduos. Isto se daria por meio da construção de uma estrutura física circular contendo várias celas ao redor de um pátio com uma torre ao centro, permitindo que todo espaço fosse inteiramente observável sem que o observador fosse visto. O filósofo francês Michel Foucault (1926-1984) percebeu que o mecanismo arquitetural de Bentham oferecia uma chave para se compreender a ascensão das sociedades modernas,

²⁸⁵ Nesse sentido Marcel Leonardi: *de fato, é preciso compreender que mais do mesmo pode representar algo completamente novo: grandes quantidades de informação sempre estiveram disponíveis de modo esparso, mas a possibilidade de análise e agregação de todos esses dados por qualquer pessoa, e não apenas por governos e por empresas, é algo inédito.* in LEONARDI, Marcel. *Op. cit.*, p. 71.

²⁸⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância**....

²⁸⁷ BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

autodisciplinadas, em sua clássica obra *Surveiller et Punir: naissance de la prison*²⁸⁸ (1975), apontando-o suma encarnação de uma moderna instituição disciplinar.

Para Foucault o efeito mais importante do Panóptico era:

induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação; que a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade de seu exercício; que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce; enfim, que os detentos se encontrem presos numa situação de poder de que eles mesmos são os portadores. Para isso, é ao mesmo tempo excessivo e muito pouco que o prisioneiro seja observado sem cessar por um vigia: muito pouco, pois o essencial é que ele se saiba vigiado; excessivo, porque ele não tem necessidade de sê-lo efetivamente²⁸⁹.

Foucault observou que a disciplina funciona como uma chave para se controlar a “alma” do sujeito, mudando o comportamento e a motivação do indivíduo:

Quem está submetido a um campo de visibilidade, e sabe disso, retoma por sua conta as limitações do poder; fá-las funcionar espontaneamente sobre si mesmo; inscreve em si a relação de poder na qual ele desempenha simultaneamente os dois papéis; torna-se o princípio de sua própria sujeição²⁹⁰.

Isto significa que a visibilidade se torna uma armadilha, mas uma armadilha que nós mesmos ajudamos, subjetivamente, a construir. Apesar de Bentham apresentá-lo como uma instituição particular, bem fechada em si mesma – uma espécie de utopia do encarceramento perfeito –, o Panóptico deve ser compreendido, segundo Foucault, como um modelo generalizável de funcionamento, como uma maneira de definir as relações de poder com a vida quotidiana dos homens. O modelo disciplinar instaurado pelo Panóptico permite aperfeiçoar o exercício do poder de várias maneiras, pois reduz o número dos que o exercem ao mesmo tempo em que multiplica o número daqueles sobre os quais é exercido. Sua força é nunca intervir, exercendo-se espontaneamente e sem ruído, vigiando todas as dependências onde se quer manter o domínio e o controle. Mesmo quando não há realmente quem assista do outro lado, o controle ainda assim é exercido. O importante é que as pessoas se

²⁸⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

²⁸⁹ *Idem*. p.166-167.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 168.

encontrem presas numa situação e num poder de que elas mesmas são as portadoras. O essencial é que elas se saibam vigiadas.

Zygmunt Bauman também utiliza, em diferentes obras, o exemplo do Panóptico para demonstrar como a vigilância se dava na época da modernidade pesada, diferenciando-se, quanto às técnicas de controle, na era da modernidade fluida. Exemplo dessa abordagem consta na obra *Modernidade Líquida*, em que, referindo-se aos estudos de Foucault, assim descreve o modelo Benthaniano de controle, traçando, a partir dele, uma comparação com a distribuição do poder na modernidade sólida:

Michel Foucault utilizou o projeto do panóptico de Jeremy Bentham como arquimetáfora do poder moderno. No Panóptico, os internos estavam presos ao lugar e impedidos de qualquer movimento, confinados entre muros grossos, densos e bem-guardados, e fixados a suas camas, celas ou bancadas. Eles não podiam se mover porque estavam sob vigilância; tinham que se ater aos lugares indicados sempre porque não sabiam, e nem tinham como saber, onde estavam no momento seus vigias, livres para mover-se à vontade. As instalações e a facilidade de movimento dos vigias eram a garantia de sua dominação; dos múltiplos laços de sua subordinação, a “fixação” dos internos ao lugar era o mais seguro e difícil de romper. O domínio do tempo era o segredo do poder dos administradores — e imobilizar os subordinados no espaço, negando-lhes o direito ao movimento e rotinizando o ritmo a que deviam obedecer era a principal estratégia em seu exercício do poder. A pirâmide do poder era feita de velocidade, de acesso aos meios de transporte e da resultante liberdade de movimento. O Panóptico era um modelo de engajamento e confrontação mútuos entre os dois lados da relação de poder. As estratégias dos administradores, mantendo sua própria volatilidade e rotinizando o fluxo do tempo de seus subordinados, se tornavam uma só. Mas havia tensão entre as duas tarefas. A segunda tarefa punha limites à primeira — prendia os “rotinizadores” ao lugar dentro do qual os objetos da rotinização do tempo estavam confinados. Os rotinizadores não eram verdadeira e inteiramente livres para se mover: a opção “ausente” estava fora de questão em termos práticos²⁹¹.

O paralelo entre a concepção do Panóptico e a realidade experimentada na modernidade sólida é contrastada com a apresentação da vigilância vigorante na moderna líquida, descrita como uma era do pós-pan-óptico. Na obra *“Vigilância Líquida”*, Lyon e Bauman dedicam, inclusive, um capítulo à análise das mudanças existentes no âmbito das técnicas de controle social, intitulada justamente *“A vigilância líquida como pós-pan-óptico”*. Nesse capítulo, abordam os autores a importância que ostentam as atuais técnicas de observância social e captação de dados, alterando a

²⁹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**..., p. 16-17.

estrutura desse arquétipo prisional para definir a alocação de poderes na modernidade líquida a partir da contribuição dos dispositivos tecnológicos.

Essa rearrumação de estruturas sociais – e, portanto, de fluxos de poder – não significa, entretanto, que o modelo panóptico esteja, por completo, superado. Em verdade, suas modificações estruturais acabam por fortificá-lo, dando à vigilância um alcance jamais pensado na era da modernidade sólida; entretanto, não mais se apresenta como o modelo ideal de controle social, sendo relegado a manutenção de estruturas utilizadas para atualmente controlar aqueles que vivem à margem da sociedade²⁹². David Lyon concorda, inclusive, que o panóptico, apesar de modelo importante para explicar o conceito de vigilância, encontra-se, na sua aplicação mais abrangente, vinculado a determinado momento histórico, ao afirmar que *“para aqueles que são apresentados aos estudos consistentes sobre vigilância, a ideia de pan-óptico parece brilhante. Em um plano, é uma teoria de como funciona a vigilância; em outro, um meio de situá-la na história da modernidade”*²⁹³.

A razão para se apregoar uma superação do modelo baseado no panóptico diz respeito, principalmente, à verificação de duas modalidades de vigilância adaptadas à realidade da modernidade líquida e possibilitadas pelos mecanismos tecnológicos de captação de dados pessoais, nas suas diferentes manifestações (v.g. imagem, áudio e informações textuais): o *ban-óptico* e o *sinóptico*.

O primeiro dos conceitos foi cunhado, originalmente, por Didier Bigo (2006)²⁹⁴, em que as tecnologias de vigilância, em verdade, se preocupam muito mais em promover a exclusão dos elementos indesejados, no mais das vezes em nome da segurança, do que apostar no confinamento de indivíduos no modelo do panóptico; o

²⁹² Nesse sentido afirma Zygmunt Bauman: *Tal como eu vejo, o pan-óptico está vivo e bem de saúde, na verdade, armado de músculos (eletronicamente reforçados, “ciborguizados”) tão poderosos que Bentham, ou mesmo Foucault, não conseguiria nem tentaria imaginá-lo; mas ele claramente deixou de ser o padrão ou a estratégia universal de dominação na qual esses dois autores acreditavam em suas respectivas épocas; nem continua a ser o padrão ou a estratégia mais comumente praticados. O pan-óptico foi tirado de seu lugar e confinado às partes “não administráveis” da sociedade, como prisões, campos de confinamento, clínicas psiquiátricas e outras “instituições totais”, no sentido criado por Goffman. (...) Em outras palavras, as práticas de tipo pan-óptico estão limitadas a locais destinados a seres humanos categorizados na coluna dos débitos, declarados inúteis, plena e totalmente “excluídos” – e onde a incapacitação dos corpos, mais que seu aproveitamento para o trabalho útil, é o único propósito por trás da lógica do assentamento. In BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância**..., p. 58.*

²⁹³ *Ibidem*, p. 55.

²⁹⁴ A obra citada por David Lyon remete-se ao artigo escrito por Didier Bigo, intitulado *Globalized (in)security: the fiend in the ban-opticon*, in Naoki Sakai e Jon Solomon (orgs), *Traces 4: Translation, Biopolitics, Colonial Difference*, Hong Kong, Hong Kong University Press, 2006.

ban-óptico, nesse sentido, deseja “*manter à distância*” certos indivíduos ou grupos sociais, eleitos como indesejáveis ou inimigos de determinada organização social.

Exemplo de dispositivos ban-ópticos são referenciados por Bauman como as câmeras de TV que promovem a vigilância de comunidades fechadas e de shopping centers, a fim de barrar a entrada daqueles que não se coadunam aos padrões comportamentais esperados, como, por, por exemplo, os que não portam cartões de crédito ou telefones celulares, algo que os torna elementos não confiáveis da sociedade. Ao fim e ao cabo, *a exclusão social é a razão de ser do ban-óptico*²⁹⁵.

Em casos mais representativos e extremos, a tecnologia pode ser, inclusive, combinada para desenvolver uma vigilância do estilo *panóptica* e *banóptica*, a exemplo do que ocorre nos campos de refugiados: os imigrantes exilados, ao tempo em que indesejados nos países aos quais dirigem-se em busca de asilo (no mais das vezes à procura de pão e água potável), sofrem com a vigia banóptica, a fim de que não adentrem os limites territoriais dessas nações, e, quando dirigidos aos campos de refúgio, são controlados por meio de uma vigilância panóptica (do tipo “*ciborguizado*” referido por Bauman), para que lá permaneçam, como a solução final com o propósito de não adentrarem os limites dos espaços habitados por pessoas que não os desejam. A questão é bem resumida por Bauman quando salienta que “*o único significado definido de ser enviado a um lugar chamado “campo de refugiados” é que todos os outros lugares concebíveis são classificados como fora dos limites*”²⁹⁶.

Rodotá concorda com essa face da *surveillance*, ao indicar uma *substancial reserva da infra-estrutura informativa para os sujeitos privilegiados, públicos ou privados que sejam, tem uma consequência óbvia: a de aumentar as possibilidades de discriminação e os desníveis de poder no interior de uma organização social*.

O conceito de *sinóptico* é apresentado por Thomas Mathiesen, e se diferencia do panóptico justamente porque, nesse, o termo se remete a uma ideia de *poucos vigiando muitos*, e, naquele, impera a realidade de *muitos vigiando poucos*. Para tanto, haveria, nas palavras de Bauman, a transmissão dos deveres de vigilância aos próprios vigiados: uma vigilância sem vigilantes, no melhor estilo “*pan-óptico faça você mesmo*”²⁹⁷.

²⁹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância**..., p. 89.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 65.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 70.

Essa “*privatização*” de deveres é algo próprio da modernidade líquida, conforme mencionado alhures. No campo da vigilância, ela se dá com a docilidade dos usuários de sistemas informatizados – o que representa, em verdade, parcela significativa da população mundial –, seduzidos pelas funcionalidades e interações sociais promovidas por empresas atuantes na internet, a exemplo do Google e do Facebook. A cada acesso, os usuários fornecessem a *matéria prima* – nesse caso, os dados pessoais – que será utilizada pelos profissionais (entendidos, muitas vezes, por simples sistemas informatizados) a fim de delas retirarem “categorias-alvo”, ou seja, compradores potenciais dos bens de consumo disponíveis no mercado, que financiam, justamente, a atividade de captação dos dados²⁹⁸.

Engana-se, entretanto, quem alia essa atividade de captação de dados a um aparato coercitivo, que obrigue os cidadãos, sob sanção, a entregarem seus dados às empresas atuantes no ambiente virtual. Ao revés. O que se verifica, na atual sociedade líquido-moderna, é uma crescente *escopofilia* dos cidadãos (significando esta o *amor de ser visto*), que possui, sua gênese, em verdade, no sentimento de que a própria existência social do cidadão depende e está vinculada à sua existência no campo informatizado. Nesse sentido, na medida em que, nas palavras de Bauman, a *internet veio para substituir o trabalho de erguer-se e sair da invisibilidade e do esquecimento*²⁹⁹, utilizam-se delas os indivíduos para se firmarem no campo social, o que o fazem não pela coerção panóptica, mas sim pela sedução e tentação produzida

²⁹⁸ Sobre o sinóptico, afirma Bauman: *Se o sinóptico substitui o pan-óptico, não há necessidade de construir grandes muralhas e erigir torres de vigilância para manter os internos do lado de dentro, ao mesmo tempo contratando um número incalculável de supervisores para garantir que eles sigam a rotina prescrita; com o custo adicional de aplacar o ódio latente e a falta de disposição para cooperar que a rotina monótona em geral alimenta; assim como de precisar fazer um esforço contínuo para matar no nascedouro a ameaça de uma rebelião contra a indignidade da servidão. Agora, espera-se que os objetos de preocupação disciplinares dos gerentes se autodisciplinem e arquem com os custos materiais e psíquicos da produção da disciplina. Espera-se que eles mesmos ergam as muralhas e permaneçam lá dentro por vontade própria. A recompensa (ou a promessa) substitui a punição, e tentação e sedução assumindo as funções antes desempenhadas pela regulação normativa; o sustento e o aguçamento dos desejos tomam o lugar do policiamento, caro e gerador de discórdias; portanto, as torres de vigilância (tal como toda a estratégia destinada a estimular a conduta desejável e eliminar a indesejável) foram privatizadas, enquanto o procedimento de emitir permissões para a construção de muralhas foi desregulamentado. Em vez de a necessidade caçar suas vítimas, agora é tarefa dos voluntários caçar as oportunidades de servidão (o conceito de “servidão voluntária” cunhado por Étienne de la Boétie teve de esperar quatro séculos até se transformar no objetivo comum da prática gerencial).* In BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância...** p. 72-73.

²⁹⁹ ou atualizando o sociólogo polonês o *cogito*, de Descartes, assim o reescreve: *sou visto (observado, notado, registrado), logo existo.* in BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância...** p. 121.

pelo mercado e, ao fim e ao cabo, pela própria lógica da vida hodierna, entusiasmada com a presença – e a divulgação dessa presença – no mundo digital, *sinóptico*³⁰⁰.

Há, assim, um envolvimento voluntário dos cidadãos com a própria vigilância. Em uma sociedade tida como confessional³⁰¹, a “*morte do anonimato*”, *por cortesia da internet, a história é ligeiramente diferente: submetemos à matança nossos direitos de privacidade por vontade própria. Ou talvez apenas consintamos em perder a privacidade como preço razoável pelas maravilhas oferecidas em troca*³⁰². Exemplos reais e importantes dessa situação pode ser dada pelas funcionalidades “lista de desejos”, mantidas, por exemplo, por empresas como a Amazon³⁰³ e o Walmart³⁰⁴, em que o perfil do consumidor é criado por ele próprio, indicando para as empresas quais os produtos que estaria disposto a adquirir no futuro; e o botão “curtir”, do Facebook, em que, após o titular do perfil social classificar os demais como “amigos” ou não, passa a mostrar para a rede social o que lhe agrada, permitindo – ou melhor – fornecendo, um perfil de sua própria existência.

Acerca da voluntariedade no fornecimento dos dados pessoais e a assunção dessa tarefa aos indivíduos de maneira individual, brilhante a inferência de Zygmunt Bauman:

Em suma, tal como os caramujos transportam suas casas, os empregados do admirável novo mundo líquido moderno precisam crescer e transportar sobre os próprios corpos seus panópticos pessoais. Aos empregados e a todas as outras variedades de subordinados foi atribuída a responsabilidade plena e incondicional de mantê-los em bom estado e garantir seu funcionamento ininterrupto (deixar seu celular ou iPhone em casa para dar um passeio, suspendendo a condição de permanentemente à disposição de um superior, é um caso de falha grave). Tentado pelos encantos dos mercados de consumo e assustados com a possibilidade de que a nova liberdade em relação aos chefes se desvaneça, juntamente com as ofertas

³⁰⁰ Nesse sentido, retoma-se novamente Bauman: *Nunca ocorreria a Bentham que tentação e sedução fossem as chaves da eficiência do pan-óptico em produzir um comportamento desejável. Não havia cenoura, apenas uma vareta na caixa de ferramentas do pan-óptico. A vigilância ao estilo pan-óptico presume que o caminho para a submissão a uma oferta passa pela eliminação da escolha. Nossa vigilância empregada pelo mercado presume que a manipulação da escolha (pela sedução, não pela coerção) é o caminho mais seguro para esgotar as ofertas por meio da demanda. A cooperação não apenas voluntária, mas entusiástica, dos manipulados é o principal recurso empregado pelos sinópticos dos mercados de consumo.* In BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância...** p. 125.

³⁰¹ Sociedade confessional pode ser entendida como aquela que se destaca por eliminar a fronteira que antes separava o privado do público, e por fazer da exposição pública do privado uma virtude e uma obrigação pública, varrendo da comunicação pública qualquer coisa que resista a ser reduzida a confidências privadas, juntamente com aqueles que se recusam a confidenciá-las. in BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância...** p. 37.

³⁰² *Ibidem*, p. 28.

³⁰³ Disponível em: <https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201366580>. Acesso em 18/02/2017.

³⁰⁴ Disponível em: <https://www.walmart.com.br/minhas-listas#/>. Acesso em 18/02/2017.

de emprego, os subordinados estão tão preparados para o papel de autovigilantes que se tornam redundantes em relação às torres de vigilância do esquema de Bentham e Foucault³⁰⁵.

Ainda sobre a questão, pode-se afirmar, por fim, que a *surveillance*, em seu espectro sinóptico, poderia ser considerada, de certa forma, um prêmio àqueles que se docilizam e sem encaixam no sistema desejado pelo mercado e pelas forças políticas em vigor – antes, os indesejáveis são classificados e devidamente excluídos. Sobre a questão, retoma-se Bauman:

Toda essa atividade só se aplica, claro, aos consumidores preparados e amadurecidos. Sua aplicação a consumidores falhos ou indolentes, os suspeitos de sempre, que os ban-ópticos devem identificar, localizar e excluir, seria puro desperdício de recursos. Na área da vigilância consumista, aplicações pan-ópticas e sinópticas são postas a operar logo que se conclui o trabalho de limpeza do terreno a cargo dos ban-ópticos³⁰⁶.

Essa dimensão da vigilância líquido-moderna, referente a atuação sinóptica de diversas entidades privadas – empresas, organizações e os próprios usuários – foi colocada, de forma a se explicitar mudanças sensíveis no conceito de vigilância, passando a uma compreensão dela como *surveillance*, em comparação com o *Big Brother*, de George Orwell.

A distopia *1984* – obra literária e último romance de George Orwell – nos apresenta o monitoramento contínuo exercido pelo Estado sobre toda a sociedade a partir da vida do personagem Winston Smith. Winston vive em um ambiente de constante tensão, causado não apenas pela contínua supervisão de seus vizinhos delatores, como pela incessante vigilância das teletelas – espécie de televisor capaz de monitorar, gravar e espionar a população, como um espelho dupla-face; isso sem mencionar os inúmeros cartazes espalhados pelas ruas que mostram a figura imponente da autoridade suprema conjugada ao slogan: “O Grande Irmão está de olho em você”³⁰⁷.

Diferentemente do romance orwelliano em que a vigilância se apresenta como amedrontadora e centralizada em um Estado totalitário, observamos hoje uma presença “*amiga*”, “*transparente*” da vigilância personalizada nas empresas privadas.

³⁰⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância...**, p. 61.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 118.

³⁰⁷ ORWELL, George. **1984...** p.12.

Ao contrário de um opressor *Big Brother* observamos a existência de várias *Little Sisters*³⁰⁸.

Consoante expõe Elias Jacob de Menezes Neto:

*O problema real da surveillance no mundo contemporâneo é a coleta de dados por parte da iniciativa privada. Ou seja, ao invés de ser uma ferramenta de um Big Brother opressor, a surveillance contemporânea é utilizada por uma infinidade de “little sisters”, cujo objetivo principal é conhecer melhor o indivíduo consumidor através da invasão de todas as esferas da sua vida. A surveillance deixa de ser uma prática exclusivamente estatal e passa a ser um traço caracterizador da sociedade em que vivemos*³⁰⁹.

Ao contrário do que imaginou Orwell em seu 1984, a vigilância no século XXI não é atualmente centralizada na figura de um ditador ou de uma agência governamental, mas se encontra diluída em toda a parte. “A vigilância é um aspecto cada vez mais presente nas notícias diárias, o que reflete sua crescente importância em muitas esferas de vida”³¹⁰. Na visão já exposta a partir de Bauman, a vigilância é uma dimensão-chave do mundo moderno, em essência do que denomina de modernidade líquida; uma era de relações frágeis, de fluidez, volatilidade, incerteza e insegurança. “A vigilância se insinua em estado líquido”³¹¹. Tal constatação é facilmente perceptível em uma sociedade globalizada onde câmeras de vídeo constituem um elemento comum nos lugares públicos; onde um viajante internacional sabe que, antes de poder embarcar em seu avião, precisará não apenas atravessar o controle de passaportes como também passar por dispositivos de averiguação, como escâneres corporais e aparelhos de checagem biométrica; onde se tornou usual em operações cotidianas, mesmo no âmbito virtual, mostrar documentos de identidade, inserir senhas e usar controles codificados.

Isso não significa, repise-se, que a ingerência governamental nos dados pessoais, para fim de controle e categorização social, seja algo diminuído, com relevância menor do que teria no âmbito do romance: o panóptico enquanto controle central está, consoante sobredito, *ciborguizado, forte e bem de saúde*. Entretanto, sua

³⁰⁸ Jogo de palavras: Enquanto o *Big Brother* pode ser traduzido como *Grande Irmão*, a expressão *Little Sisters* pode ser traduzida como *Pequenas Irmãs*.

³⁰⁹ JACOB NETO, Elias. **Vigilância ou surveillance...** p. 15-16.

³¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância...** p. 7.

³¹¹ *Idem*.

existência é compartilhada com outros polos captadores de dados pessoais – e, portanto, de vigilância³¹².

Toda essa complexidade social exposta pelo sociólogo ainda aponta que a noção de vigilância líquida por ele proposta ainda oferece desafios profundos no campo ético, gerando duas grandes questões a serem trabalhadas por uma ética da segurança: uma delas é o que Bauman denomina de “*adiaforização*”, em que sistemas e processos divorciam de qualquer consideração de caráter moral; a outra é que a vigilância torna mais eficiente o processo de fazer coisas a distância, de separar uma pessoa das consequências de sua ação. Para além desses dilemas morais, a vigilância líquida se coloca também como um problema eminentemente jurídico, ainda mais quando pensamos o Direito a partir do paradigma do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Isso porque, ao fim e ao cabo, todas essas técnicas que compõe a *surveillance* importam em recursos de poder – seja ele político, econômico ou ambos³¹³. Um dos papéis do direito é o de justamente evitar esses abusos.

Tratando sobre o tema, leciona Zygmunt Bauman que o fenômeno da globalização se conecta diretamente à ideia de poder, na medida em que a capacidade de rápida adaptação e o êxito na rejeição do confinamento territorial tornam-se peças chaves para o sucesso, afinal, “*mover-se leve, e não mais aferrar-se a coisas vistas como atraentes por sua confiabilidade e solidez – isto é, por seu peso, substancialidade e capacidade de resistência – é hoje recurso de poder*”³¹⁴.

Sobre as técnicas de poder, referindo-se ao sinóptico – que também menciona através do que chama de segunda revolução gerencial – Bauman se remete aos *gerentes aumentados* em face dos dados produzidos pelos indivíduos no estilo *faça*

³¹² Elias Jacob de Menezes Neto, nesse sentido, salienta que *é fundamental lembrar que a manutenção da ordem social em Oceania ocorria através do elemento centralizador do Estado no controle de toda a informação. Contudo, ainda que governos centralizem enorme capacidade de coletar e processar dados – basta relembrar o “efeito Snowden” –, os dois traços mais importantes da surveillance atual são a descentralização e a mudança das suas finalidades – antes, para otimizar a produção, hoje, para aumentar o consumo. O grau de refino e de imbricação – novamente, como pode ser visto nas parcerias entre iniciativa privada e poder público no caso Snowden – entre público, privado, nacional e internacional impedem impõem o questionamento sobre até que ponto faz sentido a dicotomia centralizado/descentralizado.* in JACOB NETO, Elias. **Vigilância ou surveillance...** p. 13.

³¹³ Rodotà, sobre a coleta de dados pessoais, afirma que o *verdadeiro tema é o papel do cidadão na sociedade informatizada, da distribuição do poder ligado à disponibilidade das informações, e logo, da forma pela qual estas são coletadas e colocadas à disposição.* in Rodotà, Stefano. *Ibidem*, p. 46.

³¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade...**, p. 21.

you mesmo, eliminando a necessidade de intermediários responsáveis pela comunicação entre o alto e o baixo escalão. Nesse sentido afirma:

*O fim do Panóptico é o arauto do fim da era do engajamento mútuo: entre supervisores e supervisionados, capital e trabalho, líderes e liderados, exércitos em guerra. As principais técnicas do poder são agora a fuga, a astúcia, o desvio e a evitação, a efetiva rejeição de qualquer confinamento territorial, com os complicados corolários de construção e manutenção da ordem, e com a responsabilidade pelas consequências de tudo, bem como com a necessidade de arcar com os custos*³¹⁵.

*O que ocorreu – e o que está ocorrendo – é mais um golpe de Estado que uma revolução: uma proclamação a partir do topo, dizendo que o velho jogo foi abandonado e novas regras estão em vigência. Pessoas que começaram a revolução e ficaram com alé até o triunfo permaneceram na direção – e se estabeleceram em seus cargos de modo ainda mais seguro que antes. A revolução foi deflagrada e conduzida para aumentar seu poder, ampliar ainda mais seu controle e imunizar sua dominação contra o ressentimento e a rebelião que a forma por eles assumida provocava no passado antes da revolução. Desde a segunda revolução gerencial, o poder dos gerentes tem sido reforçado e quase se tornou invulnerável, o que se obteve eliminando-se a maioria das condições restritivas e inconvenientes*³¹⁶.

O poder daqueles que angariam e utilizam os dados pessoais no atual contexto em que a vivência no mundo digital constitui parte importante e verdadeira da própria existência real é também estudada por Danilo Doneda, que assim compreende o impacto dessas técnicas na liberdade dos cidadãos:

*A partir do momento em que o perfil eletrônico é a única parte da personalidade de uma pessoa visível a outrem, as técnicas de previsão de padrões de comportamento podem levar a uma diminuição de sua esfera de liberdade, visto que vários entes com os quais ela se relaciona partem do pressuposto de que ela adotará um comportamento predefinido, acarretando uma efetiva diminuição da sua liberdade de escolha*³¹⁷

Sobre o poder econômico, além dos ganhos advindos das técnicas de *marketing* direcionado e de modelamento dos consumidores, cabe notar o fato de que, nos casos relatados por Edward Snowden, a NSA espiona justamente pelos motivos econômicos que nega – o que é provado pelos próprios documentos que produziu. A agência age em benefício do que chama de seus “clientes”, que incluem não apenas a Casa Branca, o Departamento de Estado e a CIA, mas também agências

³¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância**...p. 18.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 71-72.

³¹⁷ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 174.

primordialmente econômicas, como o Representante de Comércio e os departamentos de Agricultura, Tesouro e Comércio dos Estados Unidos³¹⁸.

Autovigilância, voluntariedade na entrega dos dados pessoais, submissão aos mecanismos de captação e tratamento intensivo desses dados e vinculação do poder aos detentores desses dados: todos esses elementos caracterizam o atual cenário da *surveillance* (ou da *vigilância líquida*, no glossário de Bauman). E, em conjunto com a perspectiva de uma modernidade de caráter líquido, indica como os dados pessoais importam – e muito – na existência dos indivíduos, nas mais diversas formas de manifestação de poder possíveis dentro de uma realidade social.

3.2. "UNINDO AS PONTAS"

Nos tópicos anteriores foram apresentadas duas visões de uma mesma complexidade. Na tentativa de se promover uma leitura da atual realidade social, se demonstrou como a construção das identidades dos indivíduos perpassa pelas funções e sensações experimentadas no bojo de uma modernidade de caráter líquido, cujas relações são feitas e altamente influenciadas pelas tecnologias informáticas, e o poder é construído, dentre outras bases, naquelas estabelecidas pela capacidade de possuir dados pessoais, captados, de forma massiva, com maior ou menor grau de consentimento dos doadores, através das técnicas de *surveillance*.

Mais do que estabelecer conexões entre os vieses paradigmáticos, o “*unir as pontas*” a que se refere este subtópico busca demonstrar como a conjugação dessas leituras da atual sociedade leva a uma simples conclusão: urge a necessidade de tutela dos dados pessoais.

Apesar de sua existência em ambiente informatizado, os dados importam justamente por serem pessoais. O indivíduo encontra-se na centralidade dos sistemas jurídicos ocidentais, deles emanando os parâmetros para se medir a importância dos direitos. Esses indivíduos se desenvolvem, se expressam e vivem, em boa medida, na internet, influenciados por ela. Ela faz parte da vida dos cidadãos do mundo líquido-moderno. Nesse sentido:

Sobretudo para as gerações mais jovem a grande rede não é um universo isolado, separado, no qual são realizadas algumas das funções da vida. A internet não é apenas nosso correio e nosso telefone. Ela é a totalidade do

³¹⁸ GREENWALD, Glenn. *Op. cit.*, p. 143.

*nosso mundo, o lugar onde quase tudo acontece. É lá que se faz amigos, se escolhe livros e filmes, se organiza o ativismo político, e é lá que são criados e armazenados os dados mais particulares de cada um. É na internet que desenvolvemos e expressamos nossa personalidade e individualidade*³¹⁹.

Ao mesmo tempo que dessa atividade emana poder, o centro legítimo de produção do poder coercitivo – o Estado – observa sua crescente incapacidade em agir, a fim de proteger, de maneira efetiva, seus cidadãos dos ataques que não respeitam barreiras físicas e territoriais, a exemplo do que ocorre na internet. Há, consoante as lições de Bauman, um *emergente divórcio entre o poder (a capacidade de fazer as coisas) e a política (a capacidade de escolher as coisas a serem feitas)*³²⁰.

Além dessa incapacidade política dos Estados-nações de se oporem aos ataques perpetrados por meios digitais – o que leva a uma privatização dos deveres públicos em desfavor dos cidadãos –, o próprio Estado se mostra disposto a participar ativamente das atividades de espionagem e vigilância. Ao tempo em que devia proteger os cidadãos, cria o Estado mecanismos homéricos de captação de dados pessoais, consoante se verificou no primeiro capítulo.

Os cidadãos do mundo líquido-moderno assistem ao derretimento da solidez de várias estruturas sociais, à redução e manipulação de conceitos como tempo e velocidade, à privatização de vários dos deveres e expectativas sociais decorrentes da flagrante inviabilidade de suas efetivações pelo poder político, e à incerteza do progresso e do futuro. Ao mesmo tempo, são influenciados a participar de uma realidade vigiada, seja pelo Governo, seja por entidades privadas, através de técnicas mais ou menos amigáveis, mais ou menos tentadoras e seduzentes, mas todas elas capazes de os categorizar política e economicamente, não sendo vastas as possibilidades de escolha (na verdade, inexistentes quando se pensa acerca da possibilidade de não produção de dados pessoais).

Tomar consciência de todo esse panorama social não altera, entretanto, outro aspecto desta realidade latente: o modelo vigente de organização política no mundo ocidental moderno é a do Estados-Nação – não importando, para tanto, o esvaziamento do poder local em face das forças atuantes de maneira global –, deles emanando a legitimidade de todo e qualquer poder de império – a lei. O Brasil está

³¹⁹ GREENWALD, Glenn. *Op. cit.*, p. 15.

³²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância**... p. 105.

inserido nesse contexto, visto que, conforme comando constitucional expreso, consignado no art. 5º, II, da Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Dessa forma, conjugando todos os fatores apresentandos – “unindo as pontas”, conforme referido no título deste tópico –, ainda que aos cidadãos sejam relegadas, ante o abandono de certas *ambições assimilativas pelo Estado político*³²¹, tarefas importantes referentes ao seu bem-estar e proteção, não há como desvinculá-los da lógica estatal, enquanto fonte produtora de normatividade e detentora do monopólio da violência. Não há, igualmente, como negligenciar a devassa existente em relação aos dados pessoais e a importância que isso ostenta na vida dos indivíduos.

Esse é o motivo pelo qual passa-se a analisar como o direito vem lidando com a questão, traçando-se um panorama do arcabouço normativo nacional e internacional referente aos dados pessoais. Não há qualquer cobiça, entretanto, relativa à exaustão do tema. A pretensão, em verdade, é modesta: relatar, de forma objetiva, qual o histórico legislativo referente ao assunto, a fim de se compreender quais os textos normativos existentes para proteção dos dados pessoais na atualidade, investigando, outrossim, em quais categorias jurídicas realmente se encaixam, e qual o nível de importância vem sendo dado a um tema que, a todo momento, se apregoa como de importância vital para o desenvolvimento pleno dos indivíduos.

³²¹ BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 67.

CAPÍTULO 4 – ARQUÉTIPOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS

*Waiting for the revolution
New clear vision - genocide
Computerize god - it's the new religion
Program the brain - not the heartbeat*

*Onward all you crystal soldiers
Touch tomorrow - energize
Digital dreams
And you're the next correction
Man's a mistake so we'll fix it
Black Sabbath – Computer God*

4.1. JUSTIFICATIVA DA ANÁLISE DO MODELO EUROPEU

O Brasil não ostenta, em seu ordenamento jurídico, Lei específica para proteção dos dados pessoais. Os dispositivos utilizados para embasar a existência e a tutela desses dados não dão conta, por si só, da complexidade que envolve as atividades de captura, disseminação e tratamento da informação em ambientes informatizados.

Essa é a razão pela qual se busca uma análise dos históricos normativos alienígenas sobre o tema. Por contarem com uma tradição mais robusta no que toca aos dados pessoais, pode-se, por meio deles, se verificar qual o nível de proteção alcançada em importantes contextos jurídicos e políticos, angariando, tanto quanto possível, exemplos do que se seguir e do que se evitar para uma proteção efetiva dos dados pessoais.

Além disso, no esteio de uma perspectiva jurídico-constitucional ocidental, não rara é a influência, no ordenamento jurídico brasileiro, de categorias dogmáticas e hermenêuticas desenvolvidas em solo europeu e norte-americano. Apenas como exemplo, a influência do controle de constitucionalidade austríaco, jungido ao modelo norte-americano, formatam o controle de constitucionalidade brasileiro³²²; além desse exemplo, pode-se citar ainda, em terras tupiniquins, a influência do Processo Civil

³²² Nesse sentido Gilmar Ferreira Mendes: *desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle. Essas concepções aparentemente excludentes acabaram por ensejar o surgimento de modelos mistos, com combinações de elementos dos dois sistemas básicos (v.g. o sistema brasileiro e o sistema português).* in MENDES, Gilmar. *Op. cit.*, p. 1099.

Italiano³²³ e do Direito Administrativo Francês³²⁴, o que justifica ainda mais a análise que ora se pretende.

Nessa perspectiva, se vislumbram, portanto, dois arquétipos principais de proteção aos dados pessoais: aquele desenvolvido pelos países que compõe a União Europeia, e o de berço Norte-americano. No presente trabalho se abordará, como foco principal, o direito de estirpe européia.

A razão por se optar pela análise mais acurada do modelo europeu em detrimento do estadunidense não é cronológica nem qualitativa: enquanto desponta dos Estados Unidos a primeira menção de um “*direito à privacidade*” – tradução da expressão *right to privacy* –, é do solo Europeu, mais especificamente do condado de Bohn, na Alemanha, a primeira legislação específica sobre o tema. Ao mesmo tempo, a diferença entre os sistemas que regem os poderes judiciários destes atores políticos – *common law* e *civil law* –, aliada a um histórico diverso sobre o tema nesses locais, não admite que sobre eles se faça qualquer juízo de valor qualitativo.

A escolha pela análise do modelo europeu repousa, portanto, sobre dois argumentos principais: o da identidade de modelos de sistemas judiciários entre tal agrupamento político e o brasileiro (*civil law*), e o princípio que rege o direito cultivado em solo europeu: a autonomia informacional, diferente do ideal de liberdade que norteia as atividades estadunidenses. Nesse sentido, João Carlos Zanon:

*Enquanto os europeus há três décadas já tratavam da questão com enfoque nos direitos fundamentais e com tendência predominante para a individualização e autonomia do instituto, os norte-americanos focaram a proteção dos dados pessoais mais sob o prisma do direito à liberdade(...)*³²⁵.

O cerne do presente trabalho, consoante as justificativas apostas na introdução da dissertação, repousa em uma necessidade de proteção jurídica específica aos dados pessoais no Brasil. Nesse contexto, não há como se negligenciar

³²³ Nesse sentido as influências das teorias de Francesco Carnelutti, Giuseppe Chiovenda e Enrico Tullio Liebman na formação do Direito Processual Civil brasileiro. Nesse sentido ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 94-97, 169-187.

³²⁴ Sobre o tema, Odete Medauar: *nesse grupo de iniciadores da doutrina do direito administrativo pátrio, nota-se a predominante influência francesa, vindo, em seguida, a portuguesa, a espanhola e a belga, não somente pela bibliografia citada, mas em virtude do teor dos temas expostos. Tais obras refletem ideias típicas do século XIX no tocante ao Estado, à natureza da atividade administrativa, ao Poder Executivo, ao Estado e sociedade, por exemplo. A partir daí o direito administrativo pátrio se desenvolve e se consolida com predomínio da linha francesa, seguida da italiana e da alemã.* in MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 50.

³²⁵ ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 111.

os ensinamentos e exemplos trazidos pelo direito estrangeiro, há tempos acostumado com uma legislação mais robusta sobre a questão. Entretanto, o foco de análise será a realidade brasileira, marcada pela ausência de legislação específica, e cuja abordagem se fará no último capítulo dessa obra. Além disso, não se deve olvidar de questão essencial antes de se adentrar na análise das legislações estrangeiras: a incapacidade dessas em repelir, de maneira eficaz, as ações de coleta e tratamento de dados pessoais de seus respectivos cidadãos/jurisdicionados, quando levados em consideração os fatos narrados por Edward Snowden.

4.1.1. MODELO EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Não há, no mundo ocidental, maior influência, no campo do direito, do que a tradição jurídica europeia. Desde o Direito Romano, resignificado pelos glosadores e comentadores séculos mais tarde, passando ainda pelos diversos filósofos que se dedicaram, em alguma medida, à análise de institutos importantes para a esfera jurídica, até as modernas codificações e o fenômeno do constitucionalismo: a abordagem de qualquer desses aspectos passa, forçosamente, pela compreensão dessas questões em solo europeu.

Essa situação não se mostra diferente com os dados pessoais e nem com a privacidade. O início da projeção de um conceito ainda incipiente de privacidade, por exemplo, é verificado, no Reino Unido, pelo conteúdo do *Justices of the Peace Act*, de 1361, que busca suprimir a intromissão alheia em assuntos particulares³²⁶.

A realidade de tempos antigos, entretanto, não pode ser transportada, sem os temperamentos necessários, para a atualidade. As perspectivas acerca da privacidade se apresentavam de modo totalmente diferente, considerando, principalmente, o advento da tecnologia em tempos recentes, que resignifica completamente referido instituto. Essa profunda conexão entre o desenvolvimento econômico, político e social, a tecnologia e a privacidade é salientada por Danilo Doneda, ao afirmar que *o desenvolvimento de uma noção de privacidade foi, por conta desta dinâmica, paralelo ao surgimento da própria possibilidade material de assegurá-la*³²⁷.

³²⁶ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 118-119.

³²⁷ *Ibidem*, p. 133.

Em tempo mais recente, mas ainda em perspectiva história, as iniciativas legislativas inaugurais de um direito à proteção dos dados pessoais surgiram na década de 1970. A Lei do *Land* de Hesse, na Alemanha, em 1970; a primeira Lei nacional específica para proteção de dados, promulgada na Suécia, em 1973, e o *Privacy Act*, promulgado nos Estados Unidos em 1974, são os exemplos mais contundentes. O surgimento desta espécie de legislação foi impulsionado, em larga escala, pelo desenvolvimento tecnológico que capacitou a coleta quase que ilimitada de dados pessoais, sensibilizando, assim, os juristas e legisladores da época. Tais normativas compõe, na classificação feita por Mayer-Schönberger, a “primeira geração” de leis protetivas de dados pessoais³²⁸, e versam, principalmente, acerca da atividade de processamento de dados, com foco nos bancos de dados e as autorizações inerentes às suas criações e captações de matéria prima para sua composição perante os cidadãos. Tais iniciativas seguem aproximadamente até a Lei federal da República Federativa da Alemanha sobre proteção de dados pessoais, em 1977³²⁹.

A segunda geração de leis, surgida no final da década de 1970, tinha como foco a proteção dos dados pessoais a partir da tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana³³⁰, considerando a privacidade em uma perspectiva de liberdade negativa, ou seja, exercitada pelo próprio cidadão, a fim de que terceiros não tivessem acesso nem posse sobre tais dados. Exemplos dessa geração normativa são as Leis francesa e austríaca de proteção de dados pessoais, ambas do ano de 1978³³¹; a Lei de Luxemburgo, de 1979; a Lei suíça, de 1981; e a Lei da Islândia, também de 1981; além das Constituições Portuguesa, de 1976, e a Espanhola, de 1978, que trouxeram, em seu bojo, dispositivos específicos para proteção dos dados pessoais como direitos e garantias dos cidadãos³³².

A terceira geração das leis protetivas de dados pessoais e da privacidade preocupava-se com a efetividade da liberdade negativa garantida pela segunda geração legislativa, sofisticando-a. Buscava considerar, portanto, o indivíduo em sua concretude, enxergando as dificuldades que enfrentava para o exercício do direito de

³²⁸ Viktor Mayer-Schönberger. General development of data protection in Europe. in Technology and privacy: The new landscape. AGRE, Phillip; ROTENBERG, Marc (orgs.). Cambridge: MIT Press, 1997, p. 219-242, *apud*. DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 209.

³²⁹ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 209.

³³⁰ ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 77.

³³¹ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 211.

³³² ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 77-78.

fornecer ou não seus dados pessoais: a autodeterminação informativa. Tem como principal referência a decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 1983, que declara de matiz constitucional o direito à proteção de dados pessoais, não mais conexo apenas à privacidade, mas sim ao conceito de autodeterminação informativa; além desse, cita-se, como componentes dessa terceira geração, as leis de proteção de dados da Áustria, Noruega e Finlândia³³³.

A quarta e última geração dessas leis reverbera até a atualidade, e busca sanar as desvantagens de se tutelar os dados pessoais em uma perspectiva individual; para tanto, promove a criação de instrumentos que permitam uma proteção coletiva dos dados pessoais, a exemplo de autoridades externas e independentes para a atuação da lei. Um efeito dessa atividade, entretanto, é justamente a diminuição do poder de escolha do cidadão pautado no direito à autodeterminação informativa³³⁴.

Além das iniciativas nacionais, verifica-se também importantes exemplos históricos de regras protetivas aos dados pessoais no palco internacional europeu. A Convenção 108, de 1981³³⁵, se apresenta como referência inicial de um modelo supranacional de proteção aos dados pessoais, posicionando-o como um direito fundamental, ao rememorar, já no preâmbulo, o contido na Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, que, em seu art. 8º, protege o direito à vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência.

Já em 1980, entretanto, havia sido editada, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, as *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, que estabelecia diretrizes gerais para o tratamento de dados pessoais em âmbito europeu. Ocorre, entretanto, que, diferentemente do foco estabelecido pela Convenção 108/1981, as *Guidelines* se preocupavam muito mais em viabilizar o tráfego internacional de dados pessoais do

³³³ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 211.

³³⁴ *Ibidem*, p. 212-213.

³³⁵ Conforme informado pela página eletrônica da própria União Europeia: A *Convenção 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais*, de 28 de janeiro de 1981, é o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo adotado no domínio da proteção de dados. Visa «garantir [...] a todas as pessoas singulares [...] o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU_5.12.8.html. Acesso em 15/03/2017.

que de protegê-los em uma perspectiva voltada aos direitos fundamentais. Além disso, visto que de observância facultativa, tais diretrizes não surtiram efeitos memoráveis³³⁶.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 7 de dezembro de 2000, também faz constar, em seu art. 8º, um direito específico à proteção dos dados pessoais, consagrando, em seu texto, a autodeterminação informativa e a existência de uma autoridade independente para controle³³⁷.

Na contemporaneidade, o modelo europeu de proteção aos dados pessoais se baseia na composição de diversas Diretivas, sendo a mais importante a Diretiva 45/96/CE, que será substituída, dentro em breve, pela Diretiva 2016/681.

Tais iniciativas ocorrem no bojo da União Europeia – formação política estabelecida com a assinatura do Tratado de Maastricht, em 7 de fevereiro de 1992, pelos membros da Comunidade Europeia, cuja aglutinação em um bloco internacional para congregação de interesses comuns vinha se avultando desde o término da 2ª guerra mundial –, na qual se aglutinam a maioria dos países Europeus. Por meio dela, estabelecem-se normativas (diretivas, recomendações, pareceres, entre outras³³⁸), respeitando a independência das nações que a compõe, mas as obrigando, com maior ou menor grau de vinculação, ou à obediência imediata às disposições regulamentares, ou à internalização desses dispositivos nas legislações domésticas.

³³⁶ ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 78.

³³⁷ Assim dispõe a Carta:

Artigo 8.º

Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Nice/Carta%20Direitos%20Fundamentais.htm>. Acesso em 15/03/2017.

³³⁸ Consoante a explanação de Danilo Doneda acerca do tema: *a Diretiva é um instrumento normativo típico da União Europeia. No sistema de fontes do direito comunitário, existem as fontes primárias, que são os tratados que a instituem, ao lado da normativa diretamente derivada deles; e as fontes secundárias, que são basicamente os regulamentos, as diretivas e as decisões, além de outros como as recomendações e pareceres. Em relação exclusivamente à Diretiva, a sua função básica é de uniformização legislativa. A aprovação de uma diretiva implica que cada país-membro adapte, em um certo período de tempo, seu próprio ordenamento jurídico aos moldes estabelecidos pela diretiva, em um processo que leva o nome de transposição – e sua eficácia é tanto maior se levarmos em conta que a falha de um país-membro a transpô-la tempestivamente acarreta um certo grau de eficácia direta da diretiva e também leva o país a responder pela mora perante a Corte Europeia de Justiça.* in DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 224.

Entre os principais instrumentos legislativos em matéria de proteção de dados no âmbito da União Europeia, cita-se a Carta dos Direitos Fundamentais, as Convenções derivadas do Conselho da Europa (Convenção 108/1981 e Convenção Europeia dos Direitos do Homem), a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados e as Diretivas atinentes ao tema. Tais elementos são assim elencados pela própria entidade:

1. Carta dos Direitos Fundamentais da UE

Os artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reconhecem o respeito pela vida privada e a proteção dos dados pessoais como direitos fundamentais estreitamente relacionados, mas distintos. A Carta está integrada no Tratado de Lisboa e é juridicamente vinculativa nas instituições e órgãos da União e nos Estados-Membros quando aplicam legislação da União Europeia.

2. Conselho da Europa

a. A Convenção 108 de 1981

A Convenção 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de janeiro de 1981, é o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo adotado no domínio da proteção de dados. Visa «garantir [...] a todas as pessoas singulares [...] o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal».

b. Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)

O artigo 8.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, consagra o direito ao respeito pela vida privada e familiar: «Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pela sua correspondência.»

3. Atuais instrumentos legislativos para proteção de dados na União Europeia

Devido à antiga estrutura de pilares, estão atualmente em vigor vários instrumentos legislativos. Estes incluem instrumentos do antigo primeiro pilar, como a Diretiva 95/46/CE relativa à proteção de dados, a Diretiva 2002/58/CE relativa à privacidade (alterada em 2009), a Diretiva 2006/24/CE relativa à conservação de dados (declarada inválida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em 8 de abril de 2014, devido à sua grave interferência na vida privada e na proteção dos dados pessoais) e o Regulamento (CE) n.º 45/2001 relativo ao tratamento de dados pessoais por instituições e órgãos comunitários, assim como instrumentos do antigo terceiro pilar como a Decisão-Quadro do Conselho, de novembro de 2008, relativa à proteção dos dados pessoais tratados no âmbito da cooperação judicial e da justiça penal. Está prevista para breve a entrada em vigor de um novo quadro jurídico abrangente relativo à proteção de dados a nível da UE (ver infra).

a. Diretiva relativa à proteção de dados (95/46/CE) — a revogar em maio de 2018

A Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, é o ato legislativo central para a proteção de dados pessoais na União Europeia. Esta diretiva determina normas gerais sobre a legitimidade do tratamento de dados pessoais, estipula os direitos das pessoas a quem se referem os dados e prevê também autoridades de supervisão independentes nacionais. Esta diretiva estabelece igualmente que os dados pessoais só podem ser tratados com o consentimento da pessoa

em causa e caso esta seja informada da operação de tratamento desses dados.

b. Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho – a revogar em maio de 2018
A Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho, de 27 de novembro de 2008, relativa à proteção dos dados pessoais tratados no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal regula a proteção de dados ao abrigo do antigo terceiro pilar. Este é um setor não abrangido pela Diretiva 95/46/CE, que se aplica ao tratamento de dados pessoais ao abrigo do antigo primeiro pilar. A Decisão-Quadro abrange apenas os dados policiais e judiciários trocados entre os Estados-Membros, as autoridades e os sistemas associados da União Europeia e não abrange os dados nacionais.

4. Autoridade Europeia para a Proteção de Dados e Grupo de Trabalho do Artigo 29.º

A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD) é uma entidade supervisora independente que assegura que as instituições e órgãos da União Europeia respeitam as suas obrigações no que respeita à proteção de dados, previstas no Regulamento (CE) n.º 45/2001 relativo à proteção de dados. Os deveres principais da AEPD são a supervisão, a consulta e a cooperação. O Grupo de Trabalho instituído pelo artigo 29.º é um órgão consultivo independente sobre proteção de dados e privacidade, criado pelo artigo 29.º da Diretiva relativa à proteção de dados. É constituído por representantes das autoridades nacionais de proteção de dados dos Estados-Membros da UE, da AEPD e da Comissão. Emite recomendações, pareceres e documentos de trabalho. O Grupo de Trabalho do Artigo 29.º será substituído pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados, nos termos do novo Regulamento geral sobre a proteção de dados.

5. Reforma da proteção de dados da UE — a aplicar a partir de maio de 2018
Em 25 de janeiro de 2012, a Comissão apresentou um pacote legislativo abrangente a fim de proceder à reforma da legislação relativa à proteção de dados da UE. A reforma visa salvaguardar os dados pessoais na UE, aumentando o controlo dos utilizadores sobre os seus próprios dados e reduzindo os custos para as empresas. A evolução tecnológica e a globalização alteraram profundamente a forma como os dados são recolhidos, acessíveis e utilizados. Além disso, os 28 Estados-Membros aplicaram as normas de 1995 de diferentes formas. Uma legislação única resolverá a atual fragmentação e os dispendiosos encargos administrativos. Isto ajudará a reforçar a confiança dos consumidores nos serviços em linha, proporcionando o tão necessário impulso para o crescimento, o emprego e a inovação na Europa. O pacote inclui uma comunicação sobre os principais objetivos políticos da reforma, uma proposta de regulamento geral para modernizar os princípios consagrados na Diretiva relativa à proteção de dados de 1995 e uma proposta de diretiva específica relativa ao tratamento de dados pessoais no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal. Em dezembro de 2015, o Parlamento Europeu (a nível de comissão) e o Conselho (a nível de embaixadores) chegaram a um acordo quanto às novas regras em matéria de proteção de dados, após quase três anos de longas negociações. Novas normas foram publicadas em abril de 2016 e serão aplicáveis a partir de maio de 2018:

Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados);

Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou

*execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho*³³⁹.

Além disso, no mesmo domínio eletrônico, a União Europeia assume explicitamente que *a proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental*.

Pode se dizer, assim, que, até a entrada em vigor das alterações legislativas programada para o mês de maio de 2018, o tema dos dados pessoais continuará sendo regulamentado, principalmente, pela Diretiva 95/46/CE (proteção dos indivíduos face à circulação de dados pessoais e tratamento desses dados); Diretiva 2002/58/CE (referente à privacidade das comunicações eletrônicas); Diretiva 2006/24/CE (rege temas como a privacidade e as comunicações telefônicas); e Diretiva 96/9/CE (proteção jurídica de base de dados)³⁴⁰.

Dentre essas, consoante sobredito, a Diretiva 45/96/CE³⁴¹ ostenta posição de destaque, visto ser a responsável por regulamentar a questão dos dados pessoais perante os cidadãos europeus.

Referido diploma legal busca assegurar a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais³⁴², bem como a ausência de restrição ou proibição da livre circulação de dados pessoais entre Estados-membros³⁴³.

Dessas premissas pode se extrair a seguinte conclusão: a Diretiva 45/96/CE organiza-se com objetivo binário, visto que, ao tempo em que busca proteger os cidadãos europeus em face da atividade de tratamento de dados pessoais, também procura fortalecer as relações comerciais ao estabelecer regras comuns para enfrentamento da questão em solo europeu, garantindo a livre circulação de dados pessoais na União Europeia³⁴⁴.

³³⁹ Disponível em http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU_5.12.8.html. Acesso em 21/03/2017.

³⁴⁰ ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 81.

³⁴¹ Disponível em: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf. Acesso em 22/03/2017.

³⁴² Diretiva 95/46/CE, art. 1º.

³⁴³ Diretiva 95/46/CE, art. 2º.

³⁴⁴ Sobre a questão, pertinente colacionar o conteúdo dos considerandos n.º 2 e n.º 3, que explicitam a finalidade dos comandos contidos na Diretiva: (2) *Considerando que os sistemas de tratamento de dados estão ao serviço do Homem; que devem respeitar as liberdades e os direitos fundamentais das pessoas singulares independentemente da sua nacionalidade ou da sua residência, especialmente a vida privada, e contribuir para o progresso económico e social, o desenvolvimento do comércio e o*

Sua aplicação é restrita às pessoas naturais identificáveis; os entes coletivos não são albergados pelo conteúdo da Diretiva, nem mesmo os indivíduos cujos dados tornaram-se identificáveis³⁴⁵.

Tanto o setor público quanto o privado devem obediência ao conteúdo da Diretiva, devendo respeitar, de maneira equânime, a disciplina referente aos dados pessoais ³⁴⁶. Incide também, de maneira indistinta, aos bancos de dados informatizados e aos manuais, exceto quando quaisquer dessas modalidades disser respeito a segurança pública, a defesa, a segurança do Estado e as atividades desse no domínio penal³⁴⁷.

Os comandos encerrados na Diretiva não seguem, ainda, o modelo dos direitos subjetivos; prefere atuar, ao revés, por meio de princípios. Sobre o tema a consideração de Danilo Doneda:

A Diretiva 95/46/1995 estabelece uma terminologia básica em seu artigo 2º, uma prática aliás frequente em legislações afins e de uma forma geral comum às leis relacionadas mais diretamente com a tecnologia. Logo após, verifica-se quem a coleta, o tratamento e a utilização dos dados pessoais vinculam-se a princípios: a Diretiva não aponta para direitos com suas correlatas garantias e limites – afastando a estrutura do direito subjetivo como seu instrumento de atuação – porém apresenta alguns princípios que os estados-membros devem observar em suas legislações internas, de modo a garantir a defesa dos interesses protegidos, além de compreender uma série de limites e exceções ao tratamento de dados pessoais. Uma outra grande preocupação da Convenção é sobre o tráfego de informações entre fronteiras: prevê-se o livre fluxo de dados entre as fronteiras dos estados-membros; já o fluxo para outros países é regulado pelo princípio da equivalência, pelo qual é cerceada a transmissão para países que tenham um nível de proteção de dados considerado não adequado aos padrões da Diretiva³⁴⁸.

bem-estar dos indivíduos; (3) Considerando que o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno no qual, nos termos do artigo 7º A do Tratado, é assegurada a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais, exigem não só que os dados pessoais possam circular livremente de um Estado-membro para outro, mas igualmente, que sejam protegidos os direitos fundamentais das pessoas;

³⁴⁵ Assim dispõe o Considerando n.º 26: *Considerando que os princípios da protecção devem aplicar-se a qualquer informação relativa a uma pessoa identificada ou identificável ; que, para determinar se uma pessoa é identificável, importa considerar o conjunto dos meios susceptíveis de serem razoavelmente utilizados, seja pelo responsável pelo tratamento, seja por qualquer outra pessoa, para identificar a referida pessoa ; que os princípios da protecção não se aplicam a dados tornados anónimos de modo tal que a pessoa já não possa ser identificável ; que os códigos de conduta na aceção do artigo 27º V podem ser um instrumento útil para fornecer indicações sobre os meios através dos quais os dados podem ser tornados anónimos e conservados sob uma forma que já não permita a identificação da pessoa em causa;*

³⁴⁶ Diretiva 95/46/CE, art. 2º, d.

³⁴⁷ Diretiva 95/46/CE, art. 3º, 1.

³⁴⁸ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 238.

Os princípios consignados na Diretiva podem ser divididos em duas categorias: *princípios relativos à qualidade dos dados* e *princípios relativos à legitimidade dos dados*. Em relação à primeira categoria, citam-se os seguintes, indicados no art. 6º: princípio da lealdade; princípio da licitude; princípio da finalidade legítima; princípio da adequação da coleta; princípio da conservação dos dados por período razoável, dentre outros. Na segunda categoria encontram-se os seguintes princípios, contidos no art. 7º: princípio do consentimento; princípio da proporcionalidade; princípio da necessidade; princípio do não tratamento de dados sensíveis, dentre outros.

Por fim, cumprindo ainda o que prescreve a Diretiva, todos os países membros da União Europeia promovem o controle da proteção dos dados pessoais pela via administrativa, por meio de uma autoridade independente³⁴⁹ responsável pela fiscalização da aplicação do conteúdo da Lei nacional e da Diretiva 95/46/CE³⁵⁰. Tais agências, entretanto, enfrentam problemas em alguns dos países na quais atuam, seja pela falta de independência em relação ao Governo, seja pela ausência de recursos materiais suficientes para promoverem as investigações necessárias à tutela dos dados pessoais.

Consoante leciona Tatiana Malta Vieira, as principais atribuições de tais autoridades independentes são: controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais e regulamentares relativas à proteção de dados; bloquear, destruir ou apagar dados pessoais, proibindo temporária ou definitivamente o seu tratamento por determinado ente; advertir ou censurar publicamente ente responsável pela não observância dos dispositivos regulamentares relativos à proteção de dados; intervir em processos judiciais que versem sobre o tratamento de dados pessoais; e assegurar direitos relativos à proteção desses dados³⁵¹.

Com o avultamento das comunicações eletrônicas, a União Europeia editou, ainda, a Diretiva 2002/85/CE, voltada à proteção dos dados pessoais gerados a partir dessas atividades. Apesar dessa iniciativa, a captura incessante de dados a partir de comunicações mantidas em meio informático apenas se intensificou com os anos; com isso concorda Danilo Doneda, visto que não enxerga avanço significativo com a

³⁴⁹ Sobre a questão leciona João Carlos Zanon: *A instituição de uma autoridade pública especialmente dedicada à tarefa de zelar pela proteção dos dados pessoais e dotada da necessária independência é um dos pilares em que se assenta o modelo europeu.* in ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 105.

³⁵⁰ Diretiva 95/46/CE, art. 28º, 1.

³⁵¹ MALTA VIEIRA, Tatiana. *Op. cit.*, p. 239.

edição dessa Diretiva, pois *não inova o modelo já presente na Diretiva 95/46/CE, porém fornece instrumentos que permitem a adequação de suas finalidades à realidade tecnológica constituída pela comunicação em rede*³⁵².

Consoante visto no primeiro capítulo do trabalho, nenhum diploma legal foi capaz de impedir, e nem de reintegrar, o direito dos cidadãos de todo o mundo à proteção de seus dados pessoais em face dos programas de espionagem há pouco revelados. Antes mesmo de tais eventos, Tatiana Malta Vieira já verificava que o conteúdo da Diretiva 2002/58/CE era insuficiente para tratar da matéria dos dados pessoais produzidos em comunicações eletrônicas. Sobre o tema, assim se posiciona:

*Mesmo após a edição da Diretiva 2002/58/CE, o problema da violação à privacidade no setor de comunicações eletrônicas ainda não foi solucionado na Europa e nem no resto do mundo. Isto porque na internet o tratamento de dados pessoais muitas vezes se processo de forma não transparente. Expressiva parcela dos usuários sequer imagina que, toda vez que se conectam ao mundo virtual, sujeita-se, automaticamente, à coleta não autorizada de informações a seu respeito. Assim, por meio da web, comete-se a violação de um dos princípios mais importantes em relação à proteção de dados pessoais, que é o princípio da transparência e o princípio da exigência de consentimento expreso por parte do titular dos dados*³⁵³.

A importância da Diretiva 95/46/CE é inegável, visto que dela irradiam os princípios e direitos mais importantes quanto a matéria dos dados pessoais em âmbito europeu. Nada obstante, sua substituição está próxima, visto que será revogada pela Diretiva 2016/680, que busca atualizar o direito de proteção aos dados pessoais, considerando a influências das novas tecnologias – lembra que a Diretiva em vigor remonta ao ano de 1995, ou seja, adequava-se à realidade tecnológica de 22 anos atrás.

A Diretiva 2016/680 regulará, revogando a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), o direito à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados.

A aumento da preocupação europeia com a captação irrestrita de dados pessoais, a exemplo do vislumbrado no capítulo 1 deste trabalho, se reflete em uma importante alteração em relação à Diretiva anterior: enquanto que, no Considerando

³⁵² DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 239.

³⁵³ *Ibidem*, p. 240.

n.º 3 da Diretiva 95/46/CE, resta cristalizado o direito à livre circulação de dados no âmbito da União Europeia, o mesmo Considerando, referente à Diretiva 2016/680, se preocupa justamente com o poderoso incremento da capacidade de captura e tratamento de dados pessoais – o que, ao entendimento disposto nesse trabalho, pode ser traduzido como *surveillance*. Assim prescreve o Considerando:

(3) A rápida evolução tecnológica e a globalização criaram novos desafios em matéria de proteção de dados pessoais. A partilha e a recolha de dados pessoais registaram um aumento significativo. A tecnologia permite o tratamento de dados pessoais numa escala sem precedentes para o exercício de funções como a prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais e a execução de sanções penais.

Referida Diretiva busca, ainda, que a proteção aos dados pessoais seja dotada da devida efetividade. Para tanto, consigna, no Considerando 89:

(89) Deverão ser aplicadas sanções às pessoas singulares ou às pessoas coletivas, de direito privado ou público, que violem a presente diretiva. Os Estados-Membros deverão assegurar que as sanções sejam efetivas, proporcionadas e dissuasivas e tomar todas as medidas necessárias à sua aplicação.

A legislação encerrada na Diretiva 2016/680 é densa, comportando 107 Considerandos e 65 Artigos. Sua formatação, a exemplo da Diretiva anterior, é principiológica, repetindo, inclusive, vários dos princípios contidos na antiga normativa. Sua redação, em geral, é bem empregada, enfrentando vários problemas hodiernos.

Entretanto, a despeito da robustez das legislações consignadas, não cabe, nesse momento, olvidar dos fatos descritos no primeiro capítulo do presente trabalho. A existência de Diretiva própria, cuja transposição aos ordenamentos jurídicos domésticos ocorreu na totalidade dos Estados membros da União Europeia³⁵⁴, não impediu que a atividade de espionagem e captura de dados pessoais pelos Estados Unidos e demais países aliados (incluindo, dentre esses, a Inglaterra, que, à época, integrava a União Europeia) ocorresse de maneira intensa, lesando centenas de milhares de cidadãos de diferentes países componentes desse arranjo político.

O motivo principal para essa imperfeição da legislação, que gera sua inaplicabilidade efetiva ao caso concreto e permite a instalação de situações como as

³⁵⁴ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 234.

relatadas no primeiro capítulo da dissertação, repousa no reconhecimento do seguinte fato: o direito de proteção aos dados pessoais, em sua formatação atual, é carente de coercitividade. Tal assunto será abordado com maior ímpeto nas considerações finais deste trabalho; entretanto, sustenta-se, desde já, ser esse o grande problema para que as legislações protetivas de dados pessoais, inclusive a europeia, cujo refinamento se reconhece, sejam aplicáveis de maneira plena.

Dessa forma, ao tempo em que se reconhece que a legislação existente em solo europeu se apresenta como a mais avançada no tópico dos dados pessoais, carregando consigo importante histórico de proteção a esse instituto, ela está inexoravelmente submetida aos componentes da modernidade líquida e da *surveillance*. Com isso, ainda que sua organização e efetividade tenha estirpe supranacional, a efetividade dos direitos ainda se submetem a uma configuração política de seus membros em caráter nacional, cuja força cogente resta esvaziada em face da galopante destruição de fronteiras promovida pela tecnologia³⁵⁵.

Essa é a razão pela qual se sustenta que a chance da legislação que, em maio do ano que vem, sucederá à atual, brotar natimorta, é de grande expressão. De nada adianta uma atualização da redação legislativa se os aparatos estatais não alcançam efetivamente a tutela dos direitos que determinada normativa encerra: a lei torna-se ineficaz. E, analisando a Diretiva 2016/680, não se verifica o emprego de dispositivos específicos a lidar com a realidade da modernidade líquida e da *surveillance*, componentes de uma realidade inexorável, não dependente tão somente da vontade da lei para que seja alterada ou controlada.

Assim, ainda que a análise promovida seja imprescindível para um trabalho que se dedique ao tema da proteção de dados, a ela devem ser conjugados os fatores indicados nos tópicos anteriores, a fim de que, quando se promover a análise do panorama brasileiro, não se cair na esparrela de que a proteção efetiva dos dados pessoais perpassa somente pela adoção de categorias e modelos estrangeiros de proteção de dados: esses arquétipos se mostram materialmente incapazes de lidar com a atual configuração de ataque aos dados pessoais.

³⁵⁵ Sobre o tema afirma leciona Zygmunt Bauman: *as instituições de Estado arcam, hoje, com a pesada tarefa de inventar e fornecer soluções locais para problemas produzidos no plano global; em função de uma carência de poder, trata-se de um peso que o Estado não pode carregar, e uma tarefa que é incapaz de realizar com as forças que lhe restam e dentro do reduzido domínio das opções que lhe são viáveis.* in BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância...** p. 105.

4.2. MODELO ESTADUNIDENSE DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O direito à privacidade, nos Estados Unidos, vem sendo debatido há mais de um século, tendo o seu reconhecimento, principalmente, a partir da atividade da Suprema Corte.

Denominado *right to privacy*, tem a gênese moderna desse direito ligada a um artigo escrito, no ano de 1890, pelos juristas Samuel Warren e Louis Brandeis, publicado na revista *Harvard Law Review*, denominado *The right to privacy*³⁵⁶.

Por meio deste artigo científico, criticavam os juristas a invasão da privacidade social pela imprensa da época, com a exposição, em público, de fatos privados. Transcreve-se, por oportuno, pequeno excerto do artigo, em que justificam tal perspectiva:

*Fotografias instantâneas e empresas de jornais invadiram os recintos sagrados da vida privada e doméstica; e inúmeros dispositivos mecânicos ameaçam confirmar a previsão de que "o que é sussurrado no armário será proclamado do alto da casa". Durante anos tem havido um sentimento que a lei deve propor algum remédio para a circulação não autorizada de retratos de pessoas privadas; E o mal da invasão da privacidade pelos jornais, há muito sentida, tem sido discutida recentemente...*³⁵⁷

Não que a privacidade não tivesse sido, antes, mencionada em âmbito norte-americano: o mérito desse artigo é o de deslocar o âmago da proteção conferida pela *privacy* de uma perspectiva privatista, ligada à propriedade, para um caráter pessoal, em viés constitucional. Além disso, bem representa o sentimento social, político e econômico vivido naquele contexto, em que era efervescente a disseminação da comunicação em novas plataformas, à época, consideradas tecnológicas. Não deve, entretanto, se confundir com a moderna concepção de privacidade e de dados pessoais, visto que, a cada época, *a própria necessidade de um conceito de privacidade obedece a necessidades distintas*³⁵⁸. Nesse sentido, Danilo Doneda:

³⁵⁶ WARREN, Samuel D. and BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5 (Dec. 15, 1890), pp. 193-220. Disponível em: <http://www.english.illinois.edu/-people-/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>

³⁵⁷ Original em inglês: *Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that "what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops."* For years there has been a feeling that the law must afford some remedy for the unauthorized circulation of portraits of private persons; and the evil of the invasion of privacy by the newspapers, long keenly felt, has been but recently discussed... in WARREN, Samuel D. and BRANDEIS, Louis D. *Op. cit.*, p. 195.

³⁵⁸ Ibidem, p. 137.

O artigo é inédito ao propor uma força inédita ao novo right to privacy, e também é mais que mero reflexo de uma época, fazendo estender sua influência por algumas de suas características: (i) partia-se de um novo fato social, que eram as mudanças trazidas para a sociedade pelas tecnologias da informação (jornais, fotografias) e a comunicação de massa, fenômeno que se renova e continua moldando a sociedade futura; (ii) o novo “direito à privacidade” era de natureza pessoal, e não se aproveitava da estrutura da tutela da propriedade para proteger aspectos da privacidade; (iii) no que interessa somente aos EUA, o artigo abriu caminho para o reconhecimento (que porém ainda tardaria décadas) do direito à privacidade como um direito constitucionalmente garantido³⁵⁹.

Atualmente, se reconhece a proteção constitucional do *right to privacy*, derivado, pela Suprema Corte Norte-americana, do conteúdo da 1ª, 4ª e 14ª emendas à Constituição, apesar de não estar explícito no texto destas³⁶⁰. Previsto ainda em legislações federais e estaduais, possui, no sistema judiciário da *common law*, aplicação intensa por meio da jurisprudência, *no qual a common law representa o direito judiciário, o patrimônio das regras criadas pela corte que se contrapõe à lei como fonte de direito – frequentemente referidas como unwritten law*³⁶¹. Completando esse arcabouço normativo estão as chamadas *torts law*, que representam os dispositivos voltados à responsabilidade civil no direito estadunidense.

Por meio da prática judicial reiterada da *common law*, o *right to privacy* é aplicado para tratar de uma miríade de situações, a exemplo do *direito à tranquilidade no próprio lar, o controle sobre informações pessoais, o controle sobre o próprio corpo a liberdade de pensamento, o controle sobre a vigilância, a proteção da reputação, a proteção contra averiguações e interrogatórios abusivos, o aborto, entre outros*³⁶².

Considerando que o presente trabalho versa sobre os dados pessoais, o foco se volta para o direito à privacidade derivado da 4ª emenda à Constituição, que preceitua: *O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas*³⁶³.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 139.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 263.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 264.

³⁶² *Idem*.

³⁶³ Original em inglês: *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.* Disponível em: http://www.mspc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml. Acesso em 10/02/2017.

Entre os enfrentamentos da questão pelo poder judiciário estadunidense, voltados aos casos referentes aos dados pessoais (visto que em casos importantes, como *Griswold v. Connecticut*³⁶⁴, em 1965, envolvendo a licitude de legislação que proibia a distribuição e o uso de contraceptivos, e *Roe v. Wade*³⁶⁵, de 1973, responsável pela legalização do aborto até determinado período da gravidez, o foco dado ao *right to privacy* difere daquele enfatizado nesse trabalho acadêmico), destaca-se os julgamentos, pela Corte Suprema, dos casos: *Pavesich v. New England Mutual Life Insurance Co.*³⁶⁶, em 1905 – em que a imagem fotográfica de uma pessoa foi utilizada por terceiros para fins publicitários sem o seu consentimento –; *Olmstead v. United States*³⁶⁷, em 1928 – em que o Governo Federal, sem a posse de um mandado judicial, grampeou os telefones de mercadores de bebidas alcoólicas, cujo comércio, à época, era ilegal; o entendimento, entretanto, foi contrário aos interesses dos comerciantes, visto que a Suprema Corte, ao interpretar a cláusula proibitiva de invasão não-autorizada em propriedade alheia, compreendeu que a ausência da presença física das autoridades, cuja escuta das ligações se deram por meio de aparatos tecnológicos, afastava a violação do *no trespass* indicado na 4ª emenda à Constituição –; *Katz v. United States*³⁶⁸, em 1967 – novamente sobre um caso de escutas telefônicas procedidas sem mandado, em que, alterando a posição vigente nos últimos 40 anos, entendeu a Suprema Corte que a cláusula proibitiva de invasão não-autorizada em propriedade alheia contida na 4ª emenda era voltada à proteção das pessoas, e não da propriedade em si, razão pela qual o uso da tecnologia deve ser considerado como meio hábil à ofensa de um *right to privacy* ligado à propriedade; e *Smith v. Maryland*³⁶⁹, em 1979 – em que, contrariando os avanços obtidos no caso *Katz v. United States*, a Corte entendeu pela ausência de lesão à privacidade a instalação, por agentes do governo, de dispositivo, sem autorização judicial, na linha telefônica de determinado indivíduo, a fim de registrar para quais números tal pessoa

³⁶⁴ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html>. Acesso em 10/02/2017.

³⁶⁵ *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>. Acesso em 10/02/2017.

³⁶⁶ *Pavesich v. New England Life Insurance Co. et al.* No number in original (1905). Disponível em: http://faculty.uml.edu/sgallagher/pavesich_v.htm. Acesso em 10/02/2017.

³⁶⁷ *Olmstead v. United States* 277 U.S. 438 (1928). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/case.html>. Acesso em 10/02/2017.

³⁶⁸ *Katz v. United States* 389 U.S. 347 (1967). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/case.html>. Acesso em 10/02/2017.

³⁶⁹ *Smith v. Maryland* 442 U.S. 735 (1979). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/442/735/case.html>. Acesso em 10/02/2017.

discava, visto que tais dados poderiam ser conseguidos perante a operadora de telefone que os registrava.

Importante notar que o *right to privacy* derivado do direito constitucional norte-americano somente pode ser aplicado em casos de litígios entre os particulares e o Estado; nos casos envolvendo apenas entes privados, a regulação da matéria fica reservada às chamadas *torts law*³⁷⁰.

Conforme sobredito, as *torts law* regulam os casos de reparação civil nos Estados Unidos. Danilo Doneda identifica, inclusive, que Warren e Brandeis, responsáveis pelo artigo inaugural sobre a privacidade em solo estadunidense, fundavam tal direito nas denominadas *torts law*, e não na Constituição³⁷¹. Pautado nessa lógica, Willian Prosser, em artigo intitulado *Privacy*³⁷², de 1960, elencou quatro modalidades de apresentação do direito à privacidade, tuteladas por quatro *torts* diferentes, assim traduzidos por Doneda: 1) intromissão na reclusão ou solidão do autor (do processo), ou em seus assuntos privados; 2) divulgação pública de fatos privados embaraçosos sobre o autor; 3) divulgação de fatos que proporcionem ao autor uma falsa imagem (*false light*); e 4) apropriação para vantagem do réu, do nome ou equivalente do autor³⁷³. Pelos enunciados se percebe, entretanto, a difícil aplicação destas categorias ao caso específico dos dados pessoais sob o paradigma da *surveillance*, conforme relatado neste trabalho.

No que concerne à proteção da privacidade e dos dados pessoais no plano legislativo, verifica-se que a primeira iniciativa nesse jaez remonta ao início do século XX. Lei do Estado de Nova York, de 1903, seguida por iniciativas legislativas similares nos estados da Virgínia e de Utah, em 1904 e 1909, respectivamente, trataram da questão envolvendo o uso da imagem e do nome de terceiros para fins comerciais sem consentimento (na esteira do julgamento ocorrido na Suprema Corte na mesma época (1905), denominado caso *Pavesich v. New England Mutual Life Insurance Co.*).

Iniciativas parecidas se seguiram em diversas unidades daquela federação, até que, na década iniciada em 1970, foram editadas leis federais sobre a questão da

³⁷⁰ Nesse sentido Danilo Doneda, quando leciona que: *o right to privacy constitucional somente pode ser arguido perante o Estado, restando à tort law os casos entre os privados*. in DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 293. Também João Carlos Zanon, ao afirmar que: *aspecto importante a realçar é que, em sua vertente constitucional, o right to privacy somente é aplicado perante o Estado e não para as relações privadas*. in ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 112

³⁷¹ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 291.

³⁷² *Privacy*, in 48 *California Law Review* 383. Disponível em: http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3157&context=califor_nialawreview. Acesso em 16/02/2017.

³⁷³ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 291.

privacidade. Dentre essas se referencia o *Fair Credit Reporting Act*, de 1970, que estabelecia obrigações de sigilo e correção aos dados contidos em cadastros de consumidores. A lei, ainda em vigor, recebeu significativas emendas em 1996 através do *Consumer Credit Reporting Reform Act*³⁷⁴.

A primeira lei em solo estadunidense a reconhecer um direito geral à privacidade é o chamado *Privacy Act*, de 1974. Nela restou reconhecido que o consentimento dos titulares de dados pessoais é essencial para que tais dados sejam divulgados, estabelecendo, pela violação desse princípio, sanções civis e criminais. Sua aplicação, entretanto, é restrita, visto que obriga apenas as agências federais, em relação aos dados que armazenam sobre os cidadãos.

No campo do acesso às informações mantidas em bancos de dados públicos, merece menção a evolução legislativa observada a partir do *Freedom of Information Act* de 1967, que garantiu aos cidadãos o direito de acesso aos seus dados pessoais armazenados em agências federais; tal iniciativa foi modificada pelo *Freedom of Information Reform Act*, de 1986, preocupando-se com a utilização de informações para finalidades de segurança pública; após, sobreveio o *Freedom of Information Act Amendments*, de 1996, integrando, no texto legislativo, o advento de novas tecnologias de comunicação³⁷⁵; e, por fim, o *Freedom of Information Act Guide & Privacy Act Overview*, de 2002, que promove uma discussão geral sobre as exceções existentes às disposições normativas consagradas nos *Acts* anteriores³⁷⁶.

Cita-se, ainda, outros exemplos de leis esparsas editadas em solo norte-americano a respeito da matéria: o *Privacy Protection Act*, de 1980 (que proíbe órgãos de segurança pública de apreender materiais relacionados a crimes em posse de órgãos de imprensa); o *Right to Financial Privacy Act*, de 1978 (regulamenta a divulgação de informações financeiras pelos bancos sobre seus clientes ao governo); o *Cable Communications Policy Act*, de 1984 (obriga as operadoras de TV a cabo a enviar aos assinantes um relatório anual sobre as informações pessoais em seu poder e a utilização que delas é feita, além de impedir que colete informações de utilização não necessárias ao estrito funcionamento do sistema); o *Children's Privacy Protection and Parental Empowerment Act*, de 1998 (busca tutelar as informações fornecidas por

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 295.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 296-297. No mesmo sentido, ver ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 115.

³⁷⁶ Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=pur1.32754073571998;view=1up;seq=7>. Acesso em 19/02/2017.

crianças até 13 anos através da Internet); o *Gramm-Leach-Bliley Act*, de 1999 (proibe que instituições financeiras transfiram dados sobre seus clientes para outros bancos sem que aos consumidores seja dada a oportunidade de se opor a essa prática); e a *Health Insurance Portability and Accountability Act*, de 1996 (estabelece regras de tratamento de dados pessoais para os serviços sanitários)³⁷⁷.

Por fim, resta mencionar o *Safe Harbour Privacy Principles*, de 2000, subscrito tanto pelos Estados Unidos quanto pela União Europeia, com vista a viabilizar, entre estes, o fluxo de dados³⁷⁸.

Dessa apresentação do panorama normativo envolvendo os dados pessoais e a privacidade em solo norte-americano, se percebe a intensa fragmentação dessa teia regulamentar: precedentes próprios da *common law*, *torts law*, incidência constitucional e legislação esparsa. Esse fracionamento, entretanto, não indica uma ausência de tratamento da matéria, visto que desenvolvido a partir da realidade daquele país, obedecendo a interesses diversos e se integrando, de maneira complexa, em um sistema coexistente³⁷⁹.

Especificamente quanto aos dados pessoais, o que se verifica, entretanto, é que mesmo essa teia normativa multifacetada não foi capaz de impedir os ataques aos dados pessoais perpetrados pelo seu próprio governo, nem mesmo é capaz de regular os aspectos próprios de uma realidade *líquida*, submetida às atividades da *surveillance*.

³⁷⁷ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 300-301.

³⁷⁸ ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 116.

³⁷⁹ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 305.

CAPÍTULO 5 – PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

É urgente q os EUA e seus aliados encerrem suas ações de espionagem de uma vez por todas.

Dilma Rousseff – Twitter, em 07/10/2013.

O governo americano disse que os países irmãos não seriam espionados (...) E Obama falou para mim que, quando ele quiser saber qualquer coisa, ele liga para mim. Eu não só atendo como fico muito feliz.

Dilma Rousseff – Entrevista concedida em 11/04/2015.

A necessidade de proteção aos dados pessoais preconizada no título desse trabalho não significa que a legislação pátria ignore completamente o regramento do tema.

A ausência de lei específica para tutela dos dados pessoais é um fato. Entretanto, a característica da *personalidade* dos dados faz com que eles, a despeito dessa lacuna legislativa, sejam dotados de proteção, advinda, inicialmente, da dignidade da pessoa humana, e espalhada em outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais a ela aplicáveis.

Essa abordagem sistemática não indica, entretanto, que a teia normativa existente seja suficiente à tutela jurídica efetiva dos dados pessoais. Não o é. O poderio de captação e armazenamento de dados atingiu níveis gigantescos. Os indivíduos necessitam de proteção aos dados pessoais, ante os efeitos que a colheita e tratamento desses proporciona às estruturas de poder.

Em verdade, dificilmente uma legislação intraestatal será passível de dar conta dessa situação. O primeiro passo, entretanto, indica a edição de uma lei específica, que permitira vislumbrar conceitos e limites concretos, coibindo os abusos mais simples, que representem, ao menos, atentados domésticos aos dados pessoais.

A abordagem se dará de maneira vertical: iniciando pela perspectiva constitucional, mediante a abordagem de regras e de princípios, se passará a uma análise da legislação infraconstitucional, que trate especificamente do tema; nesta não estará incluída, entretanto, a Lei que estabeleceu o Marco Civil da Internet no Brasil, visto que, ante a sua robustez e importância, merece análise em tópico próprio. Por fim, se mencionará os projetos de lei existentes sobre a questão, sem, entretanto,

sobre eles se tecer considerações extensivas, ante qualquer previsão de inclusão em pauta pelos poderes legislativos.

Quanto ao problema em uma visão macroscópica, cuja solução não se vislumbra a partir de uma normativa puramente nacional – ao menos na perspectiva reintegratória – relega-se sua abordagem para a conclusão do trabalho, que indicará, ante todo o panorama delineado, quais as funções, capacidades e limites do Direito em face de fenômeno tão complexo quanto a proteção dos dados pessoais sob a realidade da modernidade líquida e da *surveillance*.

5.1. ESTATURA CONSTITUCIONAL

A proteção de dados pessoais posiciona-se com corolário do princípio da dignidade da pessoa humana; além disso, apresenta-se como direito e garantia individual implícita, nos termos do art. 5º, IV, X e XII³⁸⁰, da Constituição da República Federativa do Brasil³⁸¹. Nesse sentido, Danilo Doneda leciona que *“A Constituição Federal de 1988 ocupou-se do assunto e incluiu, entre as garantias e direitos fundamentais de seu artigo 5º, a proteção da ‘intimidade’ e da ‘vida privada’ (inciso X), deixando claro que a proteção da pessoa humana abrange estes aspectos”*³⁸².

Há muito se discute acerca de princípios absolutos e de uma gradação entre esses. Ainda que tal discussão não seja de importância vital para o trabalho, concordam importantes autores que o princípio da dignidade da pessoa humana,

³⁸⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

...
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

...
XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

³⁸¹ Consoante a redação empregada na própria Constituição Federal, o rol de direitos e garantias previstos na Carta Política é exemplificativo, e não exaustivo. Nesse sentido o art. 5º, §2º, CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...
§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³⁸² DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 107-108.

referido no art. 3º da Constituição Federal, ainda que não superior, possui uma função hermenêutica diferenciada no ordenamento: a de guiar a interpretação e a edição dos demais comandos normativos³⁸³.

A República Federativa do Brasil ostenta, portanto, como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF). Nesse sentido, aponta-se o conceito para J. J. Gomes Canotilho:

*a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios*³⁸⁴.

A República é, assim, instrumento para a promoção da dignidade da pessoa humana, valor fundante da ordem jurídica.

Os dados pessoais, consoante explicitado nos capítulos anteriores, constituem a atual identidade dos seres humanos, visto a interação prodigiosa desses com o meio informático; além disso, sua captação gera, para quem os angaria, fonte considerável para o exercício do poder, seja ele econômico ou político. Tendo em vista a capacidade de, a partir da posse e tratamento de dados pessoais, se estabelecerem posturas políticas e sociais de caráter excludente, fortalece-se ainda mais a sua estirpe constitucional, visto que, em nossa Carta Política, resta cristalizado o princípio da igualdade como um de seus valores fundantes, norteador de todo o ordenamento jurídico, ao lado de outras categorias indispensáveis a uma República Democrática³⁸⁵.

Decorrendo diretamente, portanto, do sistema constitucional³⁸⁶ o princípio segundo o qual os dados pessoais devem ser tutelados, deve-se aliar tal premissa à

³⁸³ A proteção da dignidade humana constitui dever fundamental do Estado Constitucional, mais precisamente, um dever jurídico-fundamental. A soberania popular possui na dignidade humana seu último e primeiro fundamento. in NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e Legislação Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 187.

³⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 225.

³⁸⁵ Sobre o tema, assim dispõe o texto constitucional (sublinhei):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

³⁸⁶ A esse devem ser agregadas normas de caráter supranacional, proveniente de tratados internacionais em que o Brasil figura como signatário. Exemplo disso é o contido no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em Paris, em 1948, onde consta: *Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.* Disponível em:

atual doutrina constitucional, que defende a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, não podendo o Estado se imiscuir na garantia de proteção aos direitos fundamentais³⁸⁷. Nesse sentido Paulo Bonavides:

Não há numa Constituição, como disse o nosso Rui Barbosa, proposições ociosas, sem força cogente. O Estado de direito do constitucionalismo social precisa de absorver a programaticidade das normas constitucionais. Atribuindo-se eficácia vinculante à norma programática, pouco importa que a Constituição esteja ou não repleta de proposições desse teor, ou seja, de regras relativas a futuros comportamentos estatais. O cumprimento dos cânones constitucionais pela ordem jurídica terá dado um largo passo à frente. Já não será fácil com respeito à Constituição tergiver-lhe a aplicabilidade e eficácia das normas como os juristas abraçados à tese antinormativa, os quais, alegando programaticidade do conteúdo, costumam evadir-se ao cumprimento ou observância de regras e princípios constitucionais³⁸⁸.

O amparo constitucional do direito à proteção de dados³⁸⁹ é preconizada explicitamente por Danilo Doneda, ao afirmar que:

Em suma, a proteção de dados pessoais é uma garantia de caráter instrumental, derivada da tutela da privacidade, porém não limitada por esta,

http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 10/03/2017. O Art. V da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também de 1948, por sua vez, prevê: *Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em 10/03/2017. Por fim, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, jungida ao direito pátrio por meio do Decreto 678/1992, estabelece que Art. 11.2: *Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 10/03/2017.

³⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 3. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.262. “...entendemos suficiente – pelo menos no que diz com a aplicação do postulado da aplicabilidade imediata a todas as normas de direitos fundamentais, uma remissão aos demais argumentos por nós deduzidos, que consideramos serem ainda inidôneos para afastar a pretendida exegese restritiva”.

³⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, p. 211.

³⁸⁹ A própria potencialidade dos meios informáticos para a publicidade e propagação de informações privadas é objeto de análise pelos constitucionalistas, conforme se observa da reflexão feita por José Afonso da Silva, ao lecionar que: *O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão dos fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento*. in AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 212.

*e que faz referência a um leque de garantias fundamentais que se encontram no ordenamento brasileiro*³⁹⁰.

Ao integrar, de maneira indissociável, a identidade dos cidadãos, as interações tecnológicas, geradoras de dados pessoais, impactam diretamente na expressão dos direitos de personalidade tutelados no ordenamento nacional, deles também fazendo parte, portanto, o direito à proteção dos dados pessoais. Acerca da relação dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, na seara específica do direito de proteção aos dados pessoais, leciona João Carlos Zanon:

O fulcro dos direitos fundamentais está na conformação das relações de poder que se desenvolvem na sociedade politicamente organizada, o que nem sempre implica aspectos decorrentes da personalidade humana. No entanto, se as relações entre Estado e indivíduo, e mesmo entre indivíduos, impedem o livre desenvolvimento da personalidade ou prejudicam a dignidade humana acontece a interseção entre direitos fundamentais e direitos da personalidade. Assim ocorre com o direito à vida, à privacidade, à honra, à imagem entre outros exemplos.

*Pensamos que o direito à proteção dos dados pessoais localiza-se nesse âmbito de coincidência entre direitos fundamentais e direitos da personalidade*³⁹¹.

O direito de proteção aos dados pessoais, portanto, é retirado diretamente da base constitucional do Estado Brasileiro, nela se apresentando com caráter de direito fundamental, cuja dignidade da pessoa humana o norteia e modula, sob pena de lesão à outras esferas, a exemplo da privacidade e da liberdade, e, por fim, da igualdade.

Inserido no sistema constitucional e apto a tutelar, em certa perspectiva, os dados pessoais, encontra-se ainda o instrumento do *habeas data*.

Integrado ao rol de direitos fundamentais da Constituição Federal, na qualidade de remédio constitucional presente no art. 5º, LXXII³⁹², CF, e posteriormente regulamentado pela Lei n.º 9.507/1997, possui como objetivo assegurar, à pessoa física ou jurídica, o conhecimento de registros a eles concernentes e constantes em

³⁹⁰ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 326.

³⁹¹ ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 160.

³⁹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

repartição pública ou particular acessível ao público, dele podendo, ainda, se valer para retificação, caso necessário, dos dados encontrados³⁹³.

Sua utilização é destinada exclusivamente à tutela dos dados da pessoa (física ou jurídica), com vistas ao fornecimento de informações ou correção de dados, não se prestando para outros fins³⁹⁴. Há, inclusive, quem defenda que o *habeas data* se confunde com o próprio *direito de autodeterminação informativa*. Esse é o escólio de Gilmar Ferreira Mendes, conforme se verifica:

*Embora formulado de maneira pouco clara, é certo que o habeas data destina-se a proteger aspecto autônomo do direito de personalidade, o chamado direito de autodeterminação sobre informações – Recht auf informationelle Selbstbestimmung –, que assegura a cada indivíduo o poder de decidir quando e em que medida informações de índole pessoal podem ser fornecidas ou utilizadas por terceiros*³⁹⁵.

Na seara privada, se configura como um mecanismo de tutela voltado a proteger, nas relações de consumo, os usuários de internet, a fim de que acessem os registros existentes em bancos de dados dessa estirpe (também chamados de “dossiês digitais”).

A grande celeuma envolvendo o *habeas data*, nada obstante o louvável objetivo perseguido pelo texto normativo, repousa sobre a questão que, em verdade motiva a redação do presente trabalho: a efetividade do direito à proteção dos dados pessoais. O remédio constitucional em análise pouco pode fazer em favor do indivíduo imerso na sociedade fluida e participante de todo um contexto hipertrófico de vigilância – a *surveillance*. A lição de Marcel Leonardi explicita, com minúcias, essa questão (apesar de não se poder concordar, por completo, com a definição da metáfora de uma sociedade de controle como “surrada” – isso com vistas à análise dos programas de vigilância e das atividades governamentais desenvolvidas pelo Estados Unidos e outros países do globo, conforme os documentos expostos por Edward Snowden, que

³⁹³ Nesse sentido ver: MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais (atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes)**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 339.

³⁹⁴ Nesse contexto, novamente a lição de Hely Lopes Meirelles: *os dados e informações a serem obtidos ou corrigidos pelo habeas data devem ter caráter pessoal. Trata-se de garantia constitucional decorrente da chamada liberdade de informática, dando acesso aos bancos de dados para controle das informações neles constantes a respeito da pessoa, do indivíduo, em todos os seus aspectos, políticos, econômicos, sanitários, familiares, etc., segundo entendem a melhor doutrina e a jurisprudência. Assim, não cabe resolver, por exemplo, problemas vinculados ao Registro de Imóveis.* in MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 341.

³⁹⁵ MENDES, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 1150-1151.

sugerem, ao menos, uma sociedade de controle “repaginada”), conforme se verifica do seguinte excerto:

*Na prática, porém, apesar da criação de mecanismos para a tutela do consumidor, eles têm pouca efetividade diante da realidade fática: o cidadão médio dificilmente consegue exercer algum controle sobre as suas informações pessoais registradas em inúmeros “dossiês digitais”, na expressão de Daniel J. Solove. É preciso compreender que os problemas relativos à coleta e ao uso de informações armazenadas em bancos de dados e cadastros de consumo são muito distintos daqueles relacionados às práticas de vigilância governamental. A surrada metáfora de uma sociedade de controle, baseada na obra 1984, de George Orwell, não é útil para a compreensão dessas questões. Isso porque a metáfora de Orwell tem como escopo os danos causados pela vigilância – a inibição de comportamentos e o controle social – e não os danos causados pelo processamento de informações – seu armazenamento, sua utilização e sua análise. O “Grande Irmão” visualiza um poder autoritário centralizado que objetiva um controle absoluto, mas os dossiês digitais construídos pelas empresas não são controlados por um poder central, e seu objetivo não é oprimir, mas sim estimular o consumo. O principal problema dos dossiês digitais é possibilitar, por meio da agregação de dados antes esparsos, a criação de perfis completos de consumidores e a prática de dataveillance, definida por Roger C. LaRke como “o sistemático uso de sistemas de dados pessoais na investigação ou monitoramento das ações ou comunicações de uma ou mais pessoas”. Como menciona Daniel J. Solove, não se trata apenas simplesmente da perda de controle sobre nossas informações pessoais, nem tampouco de uma causa diabólica ou de um plano de dominação do “Grande Irmão”: o problema é que o processo burocrático é descontrolado, e o uso de informações tem efeitos palpáveis, porque dossiês digitais são utilizados por empresas e governos para tomar importantes decisões sobre os indivíduos – das quais nem sempre eles estão cientes. Há quem não veja problema nisso. O fato, porém, é que em um mundo em constante déficit de atenção, em que decisões precisam ser tomadas muito rapidamente, informação é facilmente confundida com conhecimento. O risco de o consumidor ser considerado incapaz de contratar ou de honrar seus compromissos, com base em meros fragmentos de informações, é enorme. É nesse contexto que se percebe a insuficiência da tutela prevista no Código de Defesa do Consumidor para lidar com os problemas trazidos pelos dossiês digitais*³⁹⁶.

Os dados pessoais armazenados em bancos de dados públicos, não observam tratamento diferente, no que toca à efetividade do remédio constitucional³⁹⁷.

³⁹⁶ LEONARDI, Marcel. *Op. cit.*, p. 203-204.

³⁹⁷ Nesse sentido, Danilo Doneda: *Aquela que provavelmente é a maior limitação do habeas data não é perceptível pelo seu exame específico, porém deflui do contexto no qual se insere. Um sistema de proteção de dados pessoais que tenha como instrumentos principais de atuação o recurso a uma ação judicial (e isso somente após um inafastável périplo administrativo) não se nos apresenta como um sistema adequado às exigências da matéria. Os problemas relacionados ao tratamento de dados pessoais, conforme observamos, processam-se cada vez mais “em branco”, sem que o interessado se aperceba. Este, nas situações em que sabe ou suspeita que seus dados armazenados em algum banco de dados sejam errôneos, ou então tem conhecimento do seu uso indevido – ou mesmo deseja simplesmente fazer uma verificação – encontra-se diante da necessidade de recorrer a uma incerta via administrativa (cujo não atendimento, aliás, não acarreta penalidade objetiva ao responsável pelo armazenamento dos dados) e, no insucesso desta tentativa, deve utilizar-se do habeas data que, ao contrário do habeas corpus, exige um advogado para sua interposição – um tratamento bastante*

A tutela reintegratória em face das lesões ao direito de proteção aos dados pessoais, quando se pensa em uma proteção efetiva a essa prerrogativa, configura um dos maiores desafios às categorias tradicionais utilizadas pelo Direito. Isso não impede, entretanto, que se reconheça sua estatura constitucional; ao contrário, deve fazer com que se persiga, ainda mais, a concretização de uma legislação que forneça uma tutela adequada aos dados pessoais – algo não obtido pelo *habeas data*.

5.2. REGRAMENTO INFRACONSTITUCIONAL

A proteção aos dados pessoais, ainda que de maneira incipiente, se espraia pela legislação infraconstitucional. Para fins didáticos, dividiu-se a análise em dois subtópicos: o primeiro, englobando a legislação não específica sobre o ambiente informático, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Cadastro Positivo; e o segundo, voltado à análise específica da Lei n.º 12.965/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil – comumente conhecida como Marco Civil da Internet.

Por meio da análise, ainda que não exaustiva, da teia normativa infraconstitucional já editada em solo brasileiro, busca-se verificar qual a atenção tem sido dada ao tema da proteção dos dados pessoais, ainda que de maneira esparsa e voltada à objetivos próprios de cada lei.

Não se pode descurar, neste estudo, dos elementos consignados no tópico anterior: a baliza para toda e qualquer aplicação de direitos no Brasil deve ser o contido na Constituição Federal, passando forçosamente pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Essa é a razão, inclusive, pela qual se dá tanta importância aos dados pessoais na atualidade: mais do que seu uso econômico e político, a repercussão na vida diária dos seres humanos, agregada à questão de que eles mesmo configuram com fonte produtora desses dados, é que eleva sobremaneira a seriedade com que deve ser tratada a tutela de tal instituto.

5.2.1. LEIS ESPARSAS DE PROTEÇÃO

inadequado para um interesse cuja atuação pede o recurso a instrumentos promocionais. in DONEDA, Danilo. Op. cit., p. 337.

A legislação infraconstitucional brasileira, ainda que não tenha tratado, com especificidade, do direito à proteção de dados pessoais, é rica em exemplos de como a questão se espalha por vários diplomas normativos, reforçando a ideia de um direito amplo e de caráter fundamental para o desenvolvimento da pessoa humana em sua plenitude.

A primeira menção dentre as leis esparsas de proteção é a da Lei n.º 7.232/1984³⁹⁸ – denominada de “Lei da informática” –, que dispõe sobre a Política Nacional de Informática. Dentre os princípios elencados para balizar referida política, encontra-se o de proteção do sigilo dos dados armazenados, *in verbis*:

Art. 2º A Política Nacional de Informática tem por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira, atendidos os seguintes princípios:

...

VIII - estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas;

Na mesma Lei, restou consignado, em seu art. 3, §2º, que a exploração e a estruturação de bancos de dados seriam reguladas por lei específica – comando esse, no entanto, que nunca foi produzido³⁹⁹.

O Código de Defesa do Consumidor, instituído através da Lei n.º 8.078/1990⁴⁰⁰, contempla dispositivos importantes para o tema da proteção de dados pessoais. Exemplo disso é o contido no art. 43 do CDC – cuja inspiração, para sua redação, advém do *National Consumer Act* e do *Fair Credit Reporting Act* Americanos, ambos de 1970⁴⁰¹ –, que garante o acesso, pelo consumidor, aos bancos de dados mantidos sobre ele. Assim prescreve o dispositivo:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

³⁹⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7232.htm. Acesso em 02/03/2017.

³⁹⁹ Sobre o tema ver ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 133.

⁴⁰⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 02/03/2017.

⁴⁰¹ Nesse sentido ver DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 340.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§ 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

Os cadastros referidos no dispositivo legal são aqueles formados no bojo da relação de consumo entre o indivíduo e o fornecedor – compondo-se, portanto, majoritariamente por informações referentes ao crédito. Exemplos de bancos de dados mantidos com tal finalidade são os denominados Serviços de Proteção ao Crédito – SPC, e o Serasa.

Além disso, pela força advinda da lei, os cadastros mantidos por entidades privadas, caso se refiram a dados pessoais relativos à consumo, ostentam caráter público. Tais bancos de dados, portanto, sujeitam-se ao remédio constitucional do *habeas data*. Além disso, tanto pessoas físicas quanto jurídicas gozam do mesmo tratamento, caso se encaixem no conceito de consumidoras oferecido pelo art. 2º daquele Codex – ambas podendo acessar, portanto, bancos de dados de consumo que encerrem informações a seu respeito.

Encerra, ainda, princípios inerentes aos dados pessoais, como o *princípio da veracidade ou exatidão*, contemplado no §3º do art. 43, CDC⁴⁰²; o *princípio da transparência ou publicidade*, indicado no §2º do art. 43, CDC⁴⁰³; e o *princípio da informação*, elencado no *caput* do art. 43, CDC⁴⁰⁴.

Outra inovação legislativa cuja menção se torna imperiosa nesse tópico é a editada por meio da Lei n.º 12.414/2011, que disciplina a formação e consulta a

⁴⁰² MALTA VIEIRA, Tatiana. *Op. cit.*, p. 249.

⁴⁰³ ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 136.

⁴⁰⁴ *Idem*.

bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito⁴⁰⁵.

Referido diploma legal – conhecido também como Lei do Cadastro Positivo – contempla, em sua redação, princípios como o da *finalidade*, da *proporcionalidade* e da *necessidade*, retirados do art. 3º, *caput*, §3º, I, e art. 4º, §2º, todos esses aplicáveis aos dados pessoais. Assim prescreve a Lei:

Art. 3º Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei.

...

§ 3º Ficam proibidas as anotações de:

I - informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor; e

II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

Art. 4º A abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada.

...

§ 2º Atendido o disposto no caput, as fontes ficam autorizadas, nas condições estabelecidas nesta Lei, a fornecer aos bancos de dados as informações necessárias à formação do histórico das pessoas cadastradas.

A Lei consagra, ainda, dentre outras inovações, dois institutos de elevada importância para o tema dos dados pessoais: a *finalidade da coleta*, presente no art. 5º, VII; e a *proibição de coleta e tratamento de dados sensíveis*, constante no art. 3º, §3º, II. Assim rezam os dispositivos:

Art. 3º Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei.

...

§ 3º Ficam proibidas as anotações de:

...

II - Informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

Art. 5º São direitos do cadastrado:

...

VII - ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.

⁴⁰⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm. Acesso em 02/03/2017.

Outra normativa de destaque é aquela registrada sob a Lei n.º 12.527/2011⁴⁰⁶, responsável pela regulamentação do art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, que assegura a todos o direito de acesso às informações públicas⁴⁰⁷. Por meio dela é inaugurada uma nova concepção para os dados produzidos pela administração pública, cuja transparência se torna, a partir dessa Lei, imperiosa para o correto cumprimento da Constituição.

O maior mérito ostentado pela Lei n.º 12.527/2011 repousa no reconhecimento do *direito à informação* como um *direito fundamental*⁴⁰⁸ dos indivíduos. Por outro lado, traz consigo comando legal que pode ser entendido como retrógrado em face dos avanços alcançados por outras legislações: permite a coleta e tratamento de dados sensíveis, consoante se verifica:

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

O Código Penal Brasileiro também encerra, em si, dispositivos atinentes aos dados pessoais. Os tipos penais inscritos no art. 153, §1º-A, art. 313-A e art. 325, I,

⁴⁰⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 02/03/2017.

⁴⁰⁷ Assim prescreve o texto constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 02/03/2017.

⁴⁰⁸ Consoante dispõe o art. 3º, caput:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

todos do Código Penal, tratam, respectivamente, da divulgação de informações sigilosas ou reservadas contidas ou não nos sistemas de informação ou nos bancos de dados da Administração Pública; da proibição de inserção de dados falsos, alteração ou exclusão indevida de dados corretos nos sistemas informatizados ou nos bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano; e da permissão ou facilitação, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou mediante qualquer outro procedimento escuso, ao acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da administração pública⁴⁰⁹.

Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

...

§ 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000))

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

Por fim, importante mencionar o conteúdo da Lei n.º 12.654/2012⁴¹⁰, que altera as Leis n.º 12.037/2009 e n.º 7.210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP), para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. Referida normativa, portanto, autoriza a formação de banco de dados composto por material

⁴⁰⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 02/03/2017.

⁴¹⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm. Acesso em 02/03/2017.

biológico colhido de pessoas condenadas à penas privativas de liberdade, visando obter delas o perfil genético.

Dentre as balizas para a formação de tais bancos de dados, estabelece a Lei que as informações genéticas neles depositadas não podem revelar traços somáticos dos indivíduos (traços da morfologia externa da pessoa, tais como feições, conformação física e corporal e cor da pele), devendo ainda ostentar caráter sigiloso, a ser regulamentado pelo Poder Executivo. Assim prescreve a normativa:

Art. 2º A Lei no 12.037, de 1o de outubro de 2009, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

“Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

§3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.”

...

“Art. 7o-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.”

A normativa responsável pela criação de bancos compostos pode dados retirados de material genético de pessoas condenados pelo sistema de justiça criminal brasileiro comporta ferrenhas críticas: inicialmente, envolve o tratamento de dados sensíveis, cuja excepcionalidade deve ser buscada em qualquer ordenamento jurídico; além disso, a coleta compulsiva de material genético, independentemente de concordância da fonte desse material, gera discussões importantes de estirpe constitucional, mormente os limites decorrentes do direito ao silêncio, do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, do direito à autodeterminação informativa e a dignidade da pessoa humana.

O diploma mais recente a tratar da proteção de dados pessoais diz respeito à Lei n.º 12.965/2014, responsável por estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Comumente conhecido como Marco Civil da Internet, reserva-se, no presente trabalho, tópico específico para tratamento dessa

questão, ante a importância que essa inovação legislativa ostenta para o tema da proteção dos dados pessoais.

5.2.2. MARCO CIVIL DA INTERNET

A Lei regulatória para o uso da Internet no Brasil foi editada no ano de 2014, e ficou conhecida como “Marco Civil da Internet”. Através dela, restaram cristalizados princípios, garantias, direitos e deveres no âmbito digital⁴¹¹.

Por meio de referido regulamento, promove-se uma normatização específica das atividades desenvolvidas na rede mundial de computadores, aumentando, assim, a segurança jurídica envolvendo internet e tecnologia da informação, na medida em que oferece aos operadores do direito base legal específica para a análise de diversas questões antes reguladas por meio de princípios destilados da Constituição Federal, ou, ainda, por analogia advinda de dispositivos legais esparsos e específicos⁴¹².

Oriundo de duas consultas públicas realizadas nos meses de outubro de 2009 e abril de 2010, o Projeto de Lei n.º 2.126/2011 foi o responsável por introduzir no Congresso Nacional o debate sobre uma legislação específica para o âmbito informático. Aprovado na Câmara dos Deputados em 25 de março de 2014 e no Senado Federal em 22 de abril de 2014, foi sancionada pela então presidente Dilma Rousseff, em 23 de abril de 2014, na cidade de São Paulo, durante o Congresso NETMundial, sendo, por fim, publicado no Diário Oficial, em 24 de abril de 2014⁴¹³.

A minuta preliminar do anteprojeto de lei foi elaborada pelo Ministério da Justiça, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ)⁴¹⁴, sendo importante ressaltar que a Lei em comento foi a primeira a ser aprovada a partir de um esforço conjunto entre a sociedade e o governo⁴¹⁵. Tal interação se deu por meio digital, através de discussões promovidas pelo Ministério da Justiça através da internet.

⁴¹¹ Texto integral da Lei n.º 12.965/2014 disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 05/03/2017.

⁴¹² Nesse sentido JESUS, Damásio de. **Marco Civil da Internet: comentários à Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 18.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 15.

⁴¹⁴ AZEVEDO, Ana. **Marco civil da internet no Brasil**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014, p. 110.

⁴¹⁵ JESUS, Damásio de. *Op. cit.*, p. 15.

Tratando especificamente sobre o conteúdo da Lei que pretende encerrar em seu texto normativo um Marco Civil da Internet, leciona Ana Cristina Azevedo P. Carvalho que:

*um marco civil para a internet compreende um conjunto de normas destinadas a: i) adaptar e consolidar direitos fundamentais dos indivíduos a partir do contexto da comunicação eletrônica, ii) delimitar de forma clara a responsabilidade civil dos diversos atores envolvidos nos processos de comunicação pela internet, e iii) estabelecer diretrizes convergentes para a atuação do governo, tanto na formulação de políticas públicas quanto em eventuais regulamentações posteriores*⁴¹⁶.

Esses objetivos são perseguidos através dos 32 artigos que compõe a Lei n.º 12.965/2014, estando neles encerrados desde os direitos e garantias dos usuários até seção específica para tratar da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Um dos pilares que sustentam o Marco Civil da Internet diz respeito justamente à privacidade dos usuários⁴¹⁷, na qual estão contidos os dados pessoais por eles produzidos.

A primeira menção a um direito de proteção aos dados pessoais está encerrada no art. 3º, III, de referida legislação, que assim apregoa:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
...
III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

A leitura de referido dispositivo informa que a proteção dos dados pessoais configura verdadeiro princípio a balizar o uso de internet no Brasil. Guarda, entretanto, as minúcias da proteção dos dados pessoais à edição de Lei específico – o que ainda não ocorreu.

O melhor entendimento, entretanto, é aquele que apregoa, ante a inclusão da proteção dos dados pessoais como princípio (como também o fez com a privacidade, no inc. II desse mesmo artigo), que as regras de inviolabilidade e de sigilo devem ser

⁴¹⁶ AZEVEDO, Ana. *Op. cit.*, p. 109.

⁴¹⁷ GUERRA FILHO, W. S.; CARNIO, H. G. **Metodologia jurídica político-constitucional e o marco civil da internet: contribuição ao direito digital.** in Fabiano Del Masso; Juliana Abrusio; Marco Aurélio Florêncio Filho. (Org.). Marco Civil da internet lei 12.965/2014 e garantias aos usuários. 1 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p. 24.

prevalecer para todos os registros de internet, consistindo a publicidade e o acesso aos dados pessoais verdadeira exceção nesse sistema⁴¹⁸.

O artigo 7º inicia o capítulo dedicado aos direitos e garantias dos usuários de internet. Por meio desse artigo são previstos os seguintes direitos referentes à proteção dos dados pessoais, *in verbis*:

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS DOS USUÁRIOS

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

...

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

...

A redação empregada nesse artigo é de qualidade excepcional, quando comparada aos interesses dos cidadãos na proteção dos dados pessoais e na sua harmonia com todo o sistema jurídico, iniciando pelos ditames constitucionais.

Consagra, por exemplo, no inciso VII, o direito à autodeterminação informativa; além disso, adota o princípio da finalidade, em que o dado pessoal coletado deve ser utilizado exclusivamente para os fins aos quais foi fornecido. Apregoa ainda, no inc. IX, a necessidade de consentimento expresso para coleta, uso e tratamento de dados pessoais.

⁴¹⁸ CARVALHO LIMA, Caio César. **Garantia da Privacidade e Dados Pessoais à Luz do Marco Civil da Internet**. in Marco Civil da Internet. George Salomão Leite e Ronaldo Lemos (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2014, p. 156).

Consoante mencionado alhures, o direito à autodeterminação informativa é, talvez, a contribuição mais importante do Direito Europeu na seara da proteção de dados. Por meio dele, busca-se concender o controle dos dados pessoais justamente por seus criadores e legítimos detentores – controle este que Stefano Rodotà entende como essencial para a tutela dos dados pessoais, ainda que deva ser exercido, para ser realmente efetivo, em dimensão coletiva e não individual⁴¹⁹.

Quanto a importância do princípio da finalidade, o mesmo autor italiano destaca que *do sujeito (público ou privado) e nas finalidades da coleta dos dados: justamente estes dois elementos estão destinados a assumir um papel decisivo na futura disciplina da circulação das informações*⁴²⁰.

Em resumo do contido no art. 7º do Marco Civil da Internet, considerando um plano ideal de aplicação, o escólio de Damásio de Jesus:

*Em síntese, com o Marco Civil o usuário tem o controle de seus dados e será informado nos contratos, de forma destacada, sobre como serão protegidos os dados fornecidos espontaneamente ou coletados automaticamente. Mais: terá a garantia de que somente os dados necessários serão coletados e especificamente para a finalidade destinada. Por exemplo, o usuário que fornece dados para ingressar em uma rede social não o fez para receber mensagens publicitárias ou marketing direcionado*⁴²¹.

Tal situação, entretanto, não se verifica na realidade. Os usuários não detêm o controle sobre os seus dados. O princípio da finalidade não é aplicado. Em resumo, nas palavras de Rodotà: *para chegar a este resultado, entretanto, de pouco servem os enunciados generalizantes e as referências genéricas à necessidade de salvaguardar a dignidade humana*⁴²².

A ausência de efetividade da lei, em verdade, é algo crônico no panorama mundial, não ocorrendo apenas no Brasil. A consagração de referidos princípios, entretanto, em texto normativo, demonstra, ao menos, a preocupação nacional com a atualidade do tema, internalizando-o no sistema normativo.

O art. 8º do Marco Civil da Internet segue na esteira do que apregoa o artigo anterior. Apesar de se dedicar ao direito à privacidade, pode, por entendimento dos tribunais, e, considerando a menção, no inc. I, à *inviolabilidade e sigilo das*

⁴¹⁹ RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 37.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 43-44.

⁴²¹ JESUS, Damásio de. *Op. cit.*, p. 35-36.

⁴²² RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 31.

comunicações privadas, vir a ser aplicado aos dados pessoais. Assim apregoa o artigo:

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

Os artigos 10, 11 e 12 estão agrupados na Sessão II, dedicada à Proteção dos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas. Tais artigos promovem um contraponto aos anteriores, garantidores da autodeterminação informativa e de outros princípios, com o objetivo de identificar criminosos que utilizam a internet como meio para prática de ilícitos.

Tal contraponto se dá por intermédio da guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, obedecidas as normas contidas não apenas nos artigos supraindicados, mas também no regramento contido nos arts. 13 a 17 do Marco Civil.

Pela leitura dos dispositivos se verifica a existência de dois polos responsáveis pela guarda dos registros na internet: de um lado, os provedores de conexão, e de outro, os provedores de aplicações⁴²³. A diferenciação desses é estabelecida pelo próprio Marco Civil da Internet, sendo que o primeiro diz respeito às empresas contratadas pelos usuários para viabilizarem o acesso do terminal do usuário à rede mundial de computadores, e, a segunda, concernente ao conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet.

Ambos se submetem, entretanto, ao regramento dos artigos anteriores, ou seja: devem respeitar o sigilo e direito de controle e consentimento em relação aos dados pessoais, devendo atender, ainda, à preservação da intimidade, da vida

⁴²³ Nesse sentido KUJAWSKI, F. F.; THOMAZ, Alan Campos Elias. **Da Proteção aos Registros, Dados Pessoais e Comunicações Privadas: Um Enfoque sobre o Marco Civil da Internet.** in: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. (Org.). MARCO CIVIL DA INTERNET. 1ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 686.

privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. Consigna-se a redação dos dispositivos:

Seção II

Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7o.

§2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7o.

§3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

§4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;

III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou

IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.

Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.

Clara é a intenção da Lei, portanto, em conjugar uma proteção intensa aos dados pessoais com a possibilidade de acesso aos registros de conexão estabelecidos pelos usuários – sempre precedido de ordem judicial – nos casos de suspeita de cometimento de ilícitos criminais.

Importante notar, entretanto, que, para a questão protetiva dos dados pessoais, se resume o Marco Civil da Internet em estabelecer princípios e regramentos abertos para a matéria, sem esmiuçar os deveres das entidades atuantes na rede mundial de computadores, considerando a miríade de dados que são concedidos e trocados, diuturnamente, em âmbito virtual. Reserva, assim, à Lei específica o tratamento da questão envolvendo os dados pessoais – tal diploma legislativo, entretanto, ainda não foi editado.

No que concerne à guarda de registros de conexão, o Marco Civil é muito mais generoso: dedica vários de seus artigos e incisos à questão, estabelecendo, com um mair nível de minúcias, as questões que toca essa atividade.

Apesar de todas essas considerações, o ponto nevrálgico na análise desse diploma normativo não fica por conta da sua redação, nem ao menos dos comandos normativos que encerra. A questão que se deve ressaltar diz respeito à efetividade – ou a falta dela – para tutelar efetivamente os direitos que em seu texto reconhece. Para tanto, basta nos lembrarmos da ofensiva estadunidense na captação de dados pessoais de brasileiros, ou, ainda, das características envolvendo a *surveillance* e a modernidade líquida, com a concessão dócil de dados pessoais pelos cidadãos para companhias que sobrevivem do *marketing* direcionado, através da montagem de perfis a partir dos dados pessoais cedidos pelos usuários.

Sobre o tema é contundente a crítica feita por José Luis Bolzan de Moraes e Elias Jacob de Menezes Neto ao Marco Civil da Internet, no que toca aos dados

peçoais: *se a finalidade dessa legislação é proteger a privacidade dos indivíduos, é possível afirmar, desde logo, categoricamente que ela falhou em seu objetivo*⁴²⁴.

Para justificar a afirmativa, referidos autores indicam critérios como a coerção dependente da territorialidade e capacidade regulatória dos Estados-nação sobre as novas tecnologias e o fluxo de dados permitido entre elas – aspectos abordados com minúcias no presente trabalho. Os comandos normativos encerrados no Marco Civil, portanto, apesar de contarem com boa redação e espelharem direitos avançados e importantes na questão dos dados pessoais, gozam de praticamente nenhuma efetividade perante a realidade de uma modernidade de caráter líquido e permeada pela *surveillance*.

O Brasil não apresenta, ainda, legislação específica à proteção dos dados pessoais. Não que se acredita que essa possa ostentar um caráter admirável, no que toca à efetividade, visto que padecerá, muito provavelmente, dos mesmos defeitos apresentados pelo Marco Civil da Internet, no que toca à limitação do poder estatal em face da realidade global. Apesar disso, existem, no Brasil, iniciativas para a edição de leis específicas para proteção dos dados pessoais, consoante se verá a seguir.

5.3. AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA

O Brasil não apresenta legislação específica à proteção dos dados pessoais. Apesar disso, se verificam iniciativas legiferantes que buscam cumprir com o comando exarado no art. 3º, III, do Marco Civil da Internet, que atribui justamente à Lei própria regular a questão dos dados pessoais e sua proteção.

Nessa seara destaca-se a existência dos seguintes Projetos de Lei: PL n.º 4060/2012, de autoria do Deputado Milton Monti, do PR/SP. Referido texto foi apresentado em 13/06/2012, e dispõe sobre o tratamento de dados pessoais e dá outras providências. Atualmente, aguarda constituição de Comissão Temporária pela Mesa, além de Parecer do Relator na Comissão Especial⁴²⁵; PL n.º 330/2013, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, do PSB/SE. Referido texto foi apresentado em 13/08/2013, e dispõe sobre a proteção, o tratamento e o uso dos

⁴²⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. e MENEZES NETO, Elias Jacob de. *A insuficiência do marco civil da internet na proteção das comunicações privadas armazenadas e do fluxo de dados a partir do paradigma da surveillance*. in **Marco Civil da Internet**.... p. 427.

⁴²⁵ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>. Acesso em 03/03/2017.

dados pessoais, e dá outras providências. Atualmente, se encontra na Comissão de Assuntos Econômicos (Secretaria de Apoio à Comissão de Assuntos Econômicos), com a relatoria⁴²⁶; e PLn.º 5286/2016, de autoria do Poder Executivo. Referido texto foi apresentado em 13/05/2016, e dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural⁴²⁷. Atualmente, encontra-se apensado ao PL nº 4060/2012.

Além dessas disposições, o Governo Federal, por meio do projeto “Pensando o Direito” – iniciativa da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), criado em 2007 para promover a democratização do processo de elaboração legislativa no Brasil⁴²⁸ –, submeteu à consulta pública, via internet, texto referente à Lei específica para proteção de dados no Brasil. Através da plataforma desenvolvida para tal finalidade, admite a participação de qualquer membro da população, mediante cadastro *on-line*, a fim de lapidar o texto normativo, permitindo o debate democrático acerca do tema.

O texto do Anteprojeto de Lei para a Proteção de Dados Pessoais submetido à consulta pública recebeu, além das várias contribuições de diversos cidadãos, aportes intelectuais importantes, a exemplo das considerações feitas pelo Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação/GPoPAI da USP⁴²⁹, do Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação (GEPI) - FGV Direito SP⁴³⁰, da *Privacy International*⁴³¹, e de Marcel Leonardi⁴³², cuja obra doutrinária sobre o direito à privacidade norteia várias das discussões sobre o tema no país.

Conforme definido no próprio domínio virtual, *esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais*

⁴²⁶ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113947>. Acesso em 03/03/2017.

⁴²⁷ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>. Acesso em 03/03/2017.

⁴²⁸ Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/o-que-e/>. Acesso em 03/03/2017.

⁴²⁹ Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/wp-content/uploads/sites/3/2015/07/07c449c076fabbb00f3d3b850e063417.pdf>. Acesso em 03/03/2017.

⁴³⁰ Disponível em <http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/wp-content/uploads/sites/3/2015/07/ef64f4d964b58ecf1a9a5040efc25464.pdf>. Acesso em 03/03/2017.

⁴³¹ *Privacy International* é uma instituição de caridade registrada no Reino Unido com sede em Londres. A *Privacy International* está empenhada em lutar pelo direito à privacidade em todo o mundo. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/wp-content/uploads/sites/3/2015/07/3e081006babdf1c26012b736e8b0b198.pdf>. Acesso em 03/03/2017.

⁴³² Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/wp-content/uploads/sites/3/2015/07/ee66852260aae1f1c21431e251526a13.pdf>. Acesso em 03/03/2017.

de liberdade, intimidade e privacidade da pessoa natural⁴³³. O anteprojeto posto em debate traz em seu texto 52 artigos, divididos em IX capítulos, a saber: *I – Disposições Preliminares; II – Requisitos para o Tratamento de Dados Pessoais (este subdividido em três seções: I - Consentimento; II - Dados Pessoais Sensíveis; e III – Término do Tratamento); III – Direitos do Titular; IV – Comunicação e Interconexão; V – Transferência Internacional de Dados; VI – Responsabilidade dos Agentes (este subdividido em cinco seções: I – Agentes do Tratamento e Ressarcimento de Danos; II – Responsável e Operador; III – Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais; IV – Segurança e Sigilo dos Dados; e V – Boas Práticas); VII – Sanções Administrativas; e VIII – Disposições Transitórias e Finais.*

Essa foi a estrutura pensada pelo Ministério da Justiça para uma possível Lei de Proteção de Dados Pessoais, ainda que tal anteprojeto possa sofrer, ante o debate político inerente ao processo legiferante, alterações contundentes, caso ocorra sua apreciação pelo poder legislativo.

Dentre as previsões contidas no projeto do texto normativo, destaca-se: a presença de artigo específico e analítico sobre a metalinguagem aplicada aos dados pessoais, detalhando, em 18 incisos pertencentes ao art. 5º, os significados de vários conceitos-chave na aplicação da Lei, como de “dado pessoal”, “dados sensíveis”, “banco de dados” e “consentimento”⁴³⁴.

⁴³³ Art. 1º, *caput*, do Anteprojeto colocado em debate. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais/>. Acesso em 03/03/2017.

⁴³⁴ Assim dispõe o art. 5º do Anteprojeto:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I – dado pessoal: dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive a partir de números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos;

II – tratamento: conjunto de ações referentes a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, transporte, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, bloqueio ou fornecimento a terceiros de dados pessoais, por comunicação, interconexão, transferência, difusão ou extração;

III – dados sensíveis: dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas ou morais, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, bem como dados genéticos;

IV – dados anônimos: dados relativos a um titular que não possa ser identificado, nem pelo responsável pelo tratamento nem por qualquer outra pessoa, tendo em conta o conjunto de meios suscetíveis de serem razoavelmente utilizados para identificar o referido titular;

V – banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, localizado em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;

VI – titular: a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais objeto de tratamento;

VII – consentimento: manifestação livre, expressa, específica e informada pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

O art. 6º⁴³⁵, por sua vez, é responsável por elencar os princípios gerais aplicáveis às atividades de tratamento de dados pessoais. Dentre esses, destaca-se o *princípio da finalidade* (no qual o tratamento de dados deve ser dar para finalidade específica, legítima e conhecida do titular), *princípio da necessidade* (no qual o tratamento de dados deve se limitar ao mínimo necessário para consecução dos

VIII – responsável: a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

IX – operador: a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do responsável;

X – comunicação de dados: transferência de dados pessoais a um ou mais sujeitos determinados diversos do seu titular, sob qualquer forma;

XI – interconexão: transferência de dados pessoais de um banco a outro, mantido ou não pelo mesmo proprietário, com finalidade semelhante ou distinta;

XII – difusão: transferência de dados pessoais a um ou mais sujeitos indeterminados, diversos do seu titular, sob qualquer forma;

XIII – transferência internacional de dados: transferência de dados pessoais para um país estrangeiro;

XIV – dissociação: ato de modificar o dado pessoal de modo a que ele não possa ser associado, direta ou indiretamente, com um indivíduo identificado ou identificável;

XV – bloqueio: guarda do dado pessoal ou do banco de dados com a suspensão temporária de qualquer operação de tratamento;

XVI – cancelamento: eliminação de dados ou conjunto de dados armazenados em banco de dados, seja qual for o procedimento empregado;

XVII – uso compartilhado de dados: a comunicação, a difusão, a transferência internacional, a interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos, no cumprimento de suas competências legais, ou entre órgãos e entidades públicos e entes privados, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento delegados por esses entes públicos; e

XVIII – encarregado: pessoa natural, indicada pelo responsável, que atua como canal de comunicação perante os titulares e o órgão competente.

⁴³⁵ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão atender aos seguintes princípios gerais:

I – princípio da finalidade, pelo qual o tratamento deve ser realizado com finalidades legítimas, específicas, explícitas e conhecidas pelo titular;

II – princípio da adequação, pelo qual o tratamento deve ser compatível com as finalidades almejadas e com as legítimas expectativas do titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III – princípio da necessidade, pelo qual o tratamento deve se limitar ao mínimo necessário para a realização das finalidades almejadas, abrangendo dados pertinentes, proporcionais e não excessivos;

IV – princípio do livre acesso, pelo qual deve ser garantida consulta facilitada e gratuita pelos titulares sobre as modalidades de tratamento e sobre a integridade dos seus dados pessoais;

V – princípio da qualidade dos dados, pelo qual devem ser garantidas a exatidão, a clareza e a atualização dos dados, de acordo com a periodicidade necessária para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI – princípio da transparência, pelo qual devem ser garantidas aos titulares informações claras e adequadas sobre a realização do tratamento;

VII – princípio da segurança, pelo qual devem ser utilizadas medidas técnicas e administrativas constantemente atualizadas, proporcionais à natureza das informações tratadas e aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII – princípio da prevenção, pelo qual devem ser adotadas medidas capazes de prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; e

IX – princípio da não discriminação, pelo qual o tratamento não pode ser realizado para fins discriminatórios.

objetivos para os quais foram fornecidos), e o *princípio da não discriminação* (impossibilidade de se promover o tratamento de dados para fins discriminatórios).

O Anteprojeto cristaliza ainda, em 5 artigos específicos (7º ao 11º), o consentimento dos titulares dos dados pessoais como regra basilar para a licitude de tratamento dos dados pessoais⁴³⁶; conjugando-se tal premissa com os direitos dos

⁴³⁶ Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente é permitido após o consentimento livre, expresso, específico e informado do titular, salvo o disposto no art. 11.

§1º O consentimento para o tratamento de dados pessoais não pode ser condição para o fornecimento de produto ou serviço ou para o exercício de direito, salvo em hipóteses em que os dados forem indispensáveis para a sua realização.

§2º É vedado o tratamento de dados pessoais cujo consentimento tenha sido obtido mediante erro, dolo, estado de necessidade ou coação.

§3º O consentimento deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que o certifique.

§4º O consentimento deverá ser fornecido de forma destacada das demais cláusulas contratuais.

§5º O consentimento deverá se referir a finalidades determinadas, sendo nulas as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais.

§6º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento, sem ônus para o titular.

§7º São nulas as disposições que estabeleçam ao titular obrigações iníquas, abusivas, que o coloquem em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

§8º Cabe ao responsável o ônus da prova de que o consentimento do titular foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

Art. 8º O titular de dados pessoais com idade entre doze e dezoito anos idade poderá fornecer consentimento para tratamento que respeite sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, ressalvada a possibilidade de revogação do consentimento pelos pais ou responsáveis legais, no seu melhor interesse.

Art. 9º No caso do titular de dados pessoais com idade até doze anos incompletos, o consentimento será fornecido pelos pais ou responsáveis legais, devendo o tratamento respeitar sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Art. 10º No momento do fornecimento do consentimento, o titular será informado de forma clara, adequada e ostensiva sobre os seguintes elementos:

I – finalidade específica do tratamento;

II – forma e duração do tratamento;

III – identificação do responsável;

IV – informações de contato do responsável;

V – sujeitos ou categorias de sujeitos para os quais os dados podem ser comunicados, bem como âmbito de difusão;

VI – responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e

VII – direitos do titular, com menção explícita a:

a) possibilidade de não fornecer o consentimento, com explicação sobre as consequências da negativa, observado o disposto no § 1º do art. 6º;

b) possibilidade de acessar os dados, retificá-los ou revogar o consentimento, por procedimento gratuito e facilitado; e

c) possibilidade de denunciar ao órgão competente o descumprimento de disposições desta Lei. 1

§ 1º Considera-se nulo o consentimento caso as informações tenham conteúdo enganoso ou não tenham sido apresentadas de forma clara, adequada e ostensiva.

§ 2º Em caso de alteração de informação referida nos incisos I, II, III ou V do caput, o responsável deverá obter novo consentimento do titular, após destacar de forma específica o teor das alterações.

§ 3º Em caso de alteração de informação referida no inciso IV do caput, o responsável deverá comunicar ao titular as informações de contato atualizadas.

titulares dos dados, indicados no art. 17⁴³⁷, permitem reconhecer a tentativa de se consagrar, por meio dessa lei, um direito à autodeterminação informativa.

Por fim, cabe ainda ressaltar a existência de sessão específica para tratar dos dados pessoais sensíveis, indicando, como regra geral, a ilicitude de se promover o tratamento dessa categoria⁴³⁸; apesar disso, elenca várias situações em que tal

§ 4º Nas atividades que importem em coleta continuada de dados pessoais, o titular deverá ser informado regularmente sobre a continuidade, nos termos definidos pelo órgão competente.

Art. 11. O consentimento será dispensado quando os dados forem de acesso público irrestrito ou quando o tratamento for indispensável para:

- I – cumprimento de uma obrigação legal pelo responsável;*
- II – tratamento e uso compartilhado de dados relativos ao exercício de direitos ou deveres previstos em leis ou regulamentos pela administração pública;*
- III – execução de procedimentos pré-contratuais ou obrigações relacionados a um contrato do qual é parte o titular, observado o disposto no § 1º do art. 6º;*
- IV – realização de pesquisa histórica, científica ou estatística, garantida, sempre que possível, a dissociação dos dados pessoais;*
- V – exercício regular de direitos em processo judicial ou administrativo;*
- VI – proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;*
- VII – tutela da saúde, com procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias.*

§ 1º Nas hipóteses de dispensa de consentimento, os dados devem ser tratados exclusivamente para as finalidades previstas e pelo menor período de tempo possível, conforme os princípios gerais dispostos nesta Lei, garantidos os direitos do titular.

§ 2º Nos casos de aplicação do disposto nos incisos I e II, será dada publicidade a esses casos, nos termos do parágrafo 1º do art. 6º.

§ 3º No caso de descumprimento do disposto no §2º, o operador ou o responsável pelo tratamento de dados poderá ser responsabilizado.

⁴³⁷ *Art. 17. O titular dos dados pessoais tem direito a obter:*

- I – confirmação da existência de tratamento de seus dados;*
- II – acesso aos dados;*
- III – correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; e*
- IV – dissociação, bloqueio ou cancelamento de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei.*

§1º O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, alegando descumprimento ao disposto nesta Lei.

§ 2º Os direitos previstos neste artigo serão exercidos mediante requerimento do titular a um dos agentes de tratamento, que adotará imediata providência para seu atendimento.

§ 3º Em caso de impossibilidade de adoção imediata da providência de que trata o §2º, o responsável enviará ao titular, em até sete dias a partir da data do recebimento da comunicação, resposta em que poderá:

- I – comunicar que não é agente de tratamento dos dados; ou*
- II – indicar as razões de fato ou de direito que impedem a adoção imediata da providência.*

§ 4º A providência de que trata o § 2º será realizada sem ônus para o titular.

§ 5º O responsável deverá informar aos terceiros a quem os dados tenham sido comunicados sobre a realização de correção, cancelamento, dissociação ou bloqueio dos dados, para que repitam idêntico procedimento.

⁴³⁸ *Art. 12. É vedado o tratamento de dados pessoais sensíveis, salvo:*

- I – com fornecimento de consentimento especial pelo titular:*
 - a) mediante manifestação própria, distinta da manifestação de consentimento relativa a outros dados pessoais; e*
 - b) com informação prévia e específica sobre a natureza sensível dos dados a serem tratados, com alerta quanto aos riscos envolvidos no tratamento desta espécie de dados; ou*

vedação pode ser afastada, inclusive mediante manifestação própria, distinta da manifestação de consentimento relativa a outros dados pessoais – o que pode alargar sobremaneira as tentativas de ingerência sobre esses dados por parte dos diversos polos captadores de informações.

A iniciativa do Governo Brasileiro em cumprir com o comando normativo encerrado no art. 3º, III, do Marco Civil da Internet, buscando editar uma Lei específica para proteção dos dados pessoais, submetendo-a, ainda, à consulta pública de maneira ampla, acessível e democrática, deve ter o seu louvor reconhecido; entretanto, remasce a preocupação por uma tutela jurídica efetiva dos dados pessoais, considerando a complexidade social exposta no presente trabalho, que envolve categorias específicas de arranjos de poder e tentativas dantescas de apossamento de dados pessoais ao redor do globo, inclusive daqueles responsáveis pela elaboração de legislação protetiva aos dados pessoais. Ciente dessa relação complexa, busca-se explicitar como se conjugam os fatores indicados ao longo de todo o trabalho, consoante os argumentos delineados nas conclusões a seguir.

5.4. CONSIDERAÇÕES FINAIS PARCIAIS: O PAPEL DA LEGISLAÇÃO E A COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE A NECESSIDADE E A (IN)EFETIVIDADE DE UMA LEI PRÓPRIA DE PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS – INDICATIVOS PARA O FUTURO

II – sem fornecimento de consentimento do titular, quando os dados forem de acesso público irrestrito, ou nas hipóteses em que for indispensável para:

- a) cumprimento de uma obrigação legal pelo responsável;*
- b) tratamento e uso compartilhado de dados relativos ao exercício regular de direitos ou deveres previstos em leis ou regulamentos pela administração pública;*
- c) realização de pesquisa histórica, científica ou estatística, garantida, sempre que possível, a dissociação dos dados pessoais;*
- d) exercício regular de direitos em processo judicial ou administrativo;*
- e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;*
- f) tutela da saúde, com procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias.*

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se a qualquer tratamento capaz de revelar dados pessoais sensíveis.

§ 2º O tratamento de dados pessoais sensíveis não poderá ser realizado em detrimento do titular, ressalvado o disposto em legislação específica.

§ 3º Nos casos de aplicação do disposto nos itens ‘a’ e ‘b’ pelos órgãos e entidades públicas, será dada publicidade à referida dispensa de consentimento, nos termos do §1º do art. 6º.

Art. 13. Órgão competente poderá estabelecer medidas adicionais de segurança e de proteção aos dados pessoais sensíveis, que deverão ser adotadas pelo responsável ou por outros agentes do tratamento.

§ 1º A realização de determinadas modalidades de tratamento de dados pessoais sensíveis poderá ser condicionada à autorização prévia de órgão competente, nos termos do regulamento.

§ 2º O tratamento de dados pessoais biométricos será disciplinado por órgão competente, que disporá sobre hipóteses em que dados biométricos serão considerados dados pessoais sensíveis.

No presente trabalho, foram despendidos esforços para se fornecer, em primeiro lugar, um panorama da importância que os dados pessoais assumiram na configuração econômica e sociopolítica mundial, o que levou a um ataque massivo ao direito de não ingerência em relação a esses dados, representado pelo gigantesco programa de espionagem estadunidense.

Além disso, se promoveu uma leitura da realidade social hodierna, a partir dos conceitos de modernidade líquida e de *surveillance*. As perspectivas utilizadas buscaram desvelar como os indivíduos constituem, face às influências da tecnologia, suas noções de identidade e suas conexões sociais, além das relações de poder experimentadas com o crescente fenômeno da *surveillance* e da importância dos dados pessoais na definição de estratégias econômicas e políticas.

É insuficiente dizer, portanto, que os indivíduos a serem protegidos pelo sistema de direito brasileiro são todas aquelas sujeitos à jurisdição nacional. E isso vale para os dados pessoais. Para que o direito à proteção dos dados pessoais cumpra o dever de tutela previsto constitucionalmente no art. 5º, inc. XXXV, deve realmente conhecer aqueles que dela necessitam, ou seja, possui o encargo de estar atento às conformações e demandas sociais, a fim de tornar assim seu ofício efetivo.

Atualmente, os indivíduos aos quais se tem a responsabilidade de oferecer guarida frente à ingerência dos dados pessoais são, consoante mencionado, influenciados e caracterizados pelos elementos descritos nesse trabalho, a partir dos conceitos de Zygmunt Bauman. Dentre os aspectos mais relevantes relativos à atual “*sociedade da modernidade fluida*”, um pequeno resumo seria:

Pode-se afirmar que, entre as transformações sociais, culturais e políticas associadas à passagem do estágio “sólido” para o estágio “líquido” da modernidade, o afastamento da nova elite (localmente estabelecida, mas globalmente orientada e apenas ligada de forma distante ao lugar em que se instalou) de seu antigo compromisso com a população local e a resultante brecha espiritual/comunicacional entre os espaços em que vivem e viveram os que se separaram e os que foram deixados para trás são os mais importantes⁴³⁹.

Se explicitou, ainda, como os diversos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, se portam em relação ao tema dos dados pessoais, sendo que todos eles, em maior ou menor grau, incluem, dentre os bens jurídicos sob proteção, referida categoria.

⁴³⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos...**, p. 84.

A relação entre todos esses conceitos pode, a primeira vista, parecer complexa; entanto, o que se procura demonstrar é justamente a latência de um direito que, ao tempo em que se arvora como um dos mais densos e importantes na atualidade, e apesar de ter sua proteção garantida por textos normativos dos mais diferentes ao redor do mundo, não vêm sendo, em verdade, devidamente tutelado, visto que a existência dessas normativas não impediu que a devassa dos dados pessoais fosse feita por meio de programas amplos de espionagem, integrado tanto por entidades privadas quanto pelo governo de diversos países, capitaneados pelos Estados Unidos.

Sobre os programas de espionagem, consoante a lição exposta por Glenn Greenwald, *os agentes de segurança nacional não gostam de ser expostos. Só agem de forma abusiva e truculenta quando acreditam estar seguros, escondidos. Descobrimos que o sigilo é a chave do abuso do poder, a força que o possibilita. O único antídoto verdadeiro é a transparência*⁴⁴⁰. A lógica, portanto, deveria ser inversa: os dados pessoais deveriam ser protegidos e ter os seus sigilos garantidos, enquanto que a atividade estatal deveria se mostrar transparente; o que ocorre, entretanto, é justamente o contrário, com os dados pessoais sendo vasculhados e utilizados de maneira ilegal pelos entes privados e públicos, enquanto que a atividade estatal queda encoberta.

Estar atento a todos esses detalhes é fundamental para a adoção de uma tutela escoreita dos dados pessoais.

Dentre as discussões mais complexas no âmbito jurídico está aquela que envolve justamente a pergunta *o que é o direito*, existindo várias correntes – a exemplo do jusnaturalismo⁴⁴¹, positivismo⁴⁴² e realismo⁴⁴³ jurídicos, entre outras – que integram, nesse conceito, diferentes categorias e formas de se reconhecer e distinguir *o direito do não-direito*.

⁴⁴⁰ GREENWALD, Glenn. *Op. cit.*, p. 21.

⁴⁴¹ Dentre os autores, destaca-se Tomás de Aquino, Thomas Hobbes, Hugo Grócio, Samuel von Pufendorf, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Na atualidade, o jurista inglês John Finnis é o maior expoente das escolas de direito natural, sendo o autor da obra *Lei Natural e Direitos Naturais* (FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007).

⁴⁴² Os expoentes dessa teoria são John Austin, Hans Kelsen (autor da Teoria Pura do Direito), H. L. A. Hart (autor de "O Conceito de Direito"), Joseph Raz e Neil MacCormick. Nesse sentido ver MORRISON, Wayne, **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 253-290, 381-456.

⁴⁴³ Os autores mais destacados na teoria realista são Karl N. Llewellyn, Jerome Frank e Felix S. Cohen. in ARNAUD, André-Jean *et. al.*. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 668.

Não se pretende estabelecer um debate tão profundo no âmbito dessa dissertação, visto que tal objetivo demandaria, para ser tratado com responsabilidade, esforço acadêmico em trabalho específico e comprometido. O direito à proteção dos dados pessoais ao qual se refere no presente trabalho conecta-se justamente à efetivação, em âmbito nacional, das espécies de tutelas referidas quando da análise do vocábulo *proteção*: a *inibitória* – impeditiva de que se instale lesão efetiva a direito consagrado no ordenamento – e a *reintegratória* – responsável por cessar os efeitos lesivos, quando já hospedados no bem jurídico.

Inibir os ataques aos dados pessoais significa neutralizar, de maneira efetiva, as tentativas de captura e tratamento indevidas desses dados; reintegrar o direito à proteção dos dados pessoais importa em sancionar efetivamente aqueles que se apropriam indevidamente de dados pessoais, a fim de que sejam desestimulados a assim procederem novamente.

Não há, portanto, como se dissociar a necessidade de tutela jurídica dos dados pessoais da questão da eficácia do direito. Sua efetividade está ligada a uma coercitividade efetiva, visto que a ausência de sanção tem levado ao constante assalto a esse direito. Além disso, a atividade subreptícia de captura de dados pessoais por meio da sedução do mercado e da própria maneira como se arranjam socialmente os indivíduos na modernidade líquida, em que fornecem dados pessoais de maneira voluntária para estarem integrados à sociedade, não é desestimulada somente por meio de regra sancionatória.

A necessidade de tutela efetiva dos dados pessoais vai, assim, além da edição de uma normativa que explicita textualmente princípios e garantias calcadas na Constituição, mas carente de efetividade – a exemplo das que hoje existem em muitos dos países ocidentais. Além de utilizar o monopólio estatal da força, ela deve comportar o fomento a meios efetivos de defesa, a fim de que deles se utilizem os cidadãos para se protegerem, em caráter antecedente, da ingerência nos dados pessoais.

Nessa esteira é o pensamento de Stefano Rodotà, para quem:

não basta distinguir o núcleo duro da privacidade, e assegurar-lhe a tutela mais intensa possível, e um conjunto de informações relevantes para a coletividade, em relação ao qual estará consentida, em diversas medidas, a publicidade e a circulação: coerentemente com a mudança da própria

*definição de privacidade, recordada no início, a atenção deve passar do sigilo ao controle*⁴⁴⁴.

O controle dos dados emerge, assim, como questão fundamental. Afinal, o poder se encontra com quem detém a informação; dar o controle de seus próprios dados pessoais ao indivíduo cria, para ele, a possibilidade de se contrapor ao poder criado justamente pela tomada desse controle pelos diversos agentes sociais. Concorda-se inteiramente, portanto, com o que expõe Rodotà: *proteção de dados é uma expressão de liberdade e dignidade pessoais, e, como tal, não se deve tolerar que um dado seja usado de modo a transformar um indivíduo em objeto sob vigilância constante*⁴⁴⁵.

Esse controle é chamado na doutrina europeia, conforme se verificou em tópico próprio, de direito à autodeterminação informativa. Essa talvez seja, inclusive, a contribuição mais importante do Direito Europeu, visto que fundamento basilar para qualquer tentativa de tutela efetiva dos dados pessoais.

Sua aplicabilidade, entretanto, deve ser pensada considerando a organização da sociedade em caráter líquido e a existência do fenômeno da *surveillance*, não bastando sua consagração no texto normativo, sob pena de completa ineficácia.

Para tanto, propõe-se que a busca pela tutela efetiva seja analisada diferenciando-se duas situações: a dos ataques perpetrados exclusivamente em âmbito doméstico, e aqueles ocorridos em caráter internacional.

As ingerências realizadas sob o alcance da jurisdição nacional, ou seja, a captação indevida de dados pessoais por empresas, cidadãos e o governo brasileiro, pode ter boa parte dos litígios dele decorrentes resolvidos pela edição e aplicação de Lei específica para proteção de dados pessoais. Isso porque referido texto normativo, ao ser aplicado pelo poder judiciário, encontrará, nos mecanismos de cogência disponíveis ao Estado, capacidade de coerção para fazer com que os direitos e deveres nela garantidos sejam resguardados e cumpridos.

A mera edição de Lei específica, entretanto, não transformará o panorama de leniência dos indivíduos existente, também em solo nacional, sobre a ingerência em seus dados pessoais, e nem mesmo a própria diligência desses em fornecer seus dados em ambiente informatizado. Punir efetivamente as atividades indevidas de

⁴⁴⁴ RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 36.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 19.

captação é um passo importante; entretanto, as características da modernidade líquida, envolvida pelo contexto da *surveillance*, não deixará de existir. Por essa razão, a tomada de consciência dos cidadãos acerca da importância de seus dados e o fomento estatal pela adoção de técnicas privadas de defesa – a exemplo da encriptação – se apresenta, mesmo em cenário pátrio, de enorme importância.

Ciente de que a *surveillance* envolve tanto entidades privadas quanto a própria iniciativa estatal, se torna ainda mais difícil acreditar que Lei nacional seja suficiente para resolver o problema da ingerência nos dados pessoais⁴⁴⁶: ao tempo em que participa, talvez, como maior interessado na captação de dados pessoais, o Estado observa, consoante leciona Bauman, o afastamento da relação entre o poder e a política – o agir local torna-se incapaz de combater aquilo que é gestado, gerido e efetivado em palco global, sem importar, como é comum no ambiente digital, a existência de fronteiras nacionais e barreiras físicas entre os estados.⁴⁴⁷

No que toca aos dados pessoais captados em caráter internacional, ou seja, em que o receptor não se encontre submetido à jurisdição brasileira, muito pouco pode se fazer com a edição de uma Lei específica, visto que a cogência não alcançará o ente transgressor da norma. A relação é de extrema complexidade, visto que coexistem espaços distintos – o global, no espaço cibernético, e o local, correspondente ao ambiente físico onde coabitam as pessoas, em sua forma corpórea –, mas ambos reais, onde a identidade, a personalidade e o exercício de direitos se completam. Sobre essa realidade experimentada na modernidade líquida e a relação entre os espaços físico e virtual, leciona Zygmunt Bauman:

*Seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da “modernidade fluida” produziu na condição humana. O fato de que a estrutura sistêmica seja remota e inalcançável, aliado ao estado fluido e não estruturado do cenário imediato da política-vida, muda aquela condição de um modo radical e requer que repensemos os velhos conceitos que costumavam cercar suas narrativas*⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Nessa esteira é o que pensa Glenn Greenwald: *Por si sós, é improvável que essas mudanças legislativas domésticas sejam o suficiente para solucionar o problema da vigilância, uma vez que o Estado de segurança nacional muitas vezes coopta as entidades encarregadas de supervisioná-lo. Mas mudanças legislativas desse tipo podem ao menos fortalecer o princípio de que não há lugar para vigilância em massa indiscriminada em uma democracia ostensivamente guiada por garantias constitucionais de privacidade.* in GREENWALD, Glenn. *Op. cit.*, p. 236

⁴⁴⁷ No mesmo sentido o entendimento de José Luiz Bolzan de Moraes e de Elias Jacob de Menezes Neto, ao confrontarem a promulgação do Marco Civil da Internet com a questão envolvendo a ingerência nos dados pessoais: *é ingênuo acreditar que as comunicações pessoais armazenadas passaram a estar protegidas em virtude da promulgação de uma lei no Brasil.* in BOLZAN DE MORAIS, José Luis. e MENEZES NETO, Elias Jacob de. *A insuficiência do marco civil....* p. 420.

⁴⁴⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**..., p. 15.

homens e mulheres, eles não podem deixar de ser uma paisagem urbana, e suas buscas existenciais se inscrevem forçosamente na localidade. Como operadores globais, podem vagar pelo ciberespaço; mas como agentes humanos, estão confinados, dia a dia, ao espaço físico que operam, ao ambiente preestabelecido e continuamente reprocessado no curso das lutas dos seres humanos por significado, identidade e reconhecimento. É em torno de lugares que os seres humanos experimentam as tendências a serem formadas e coligidas, que os significados desta são concebidos, absorvidos e negociados. E é nos lugares que os impulsos e desejos humanos são gerados e incubados, que eles vivem na esperança de realização e correm o risco da frustração – e de fato são, com extrema frequência, frustrados e sufocados⁴⁴⁹.

A separação cada vez mais evidente entre o poder e a política, a privatização de deveres públicos – inclusive da própria vigilância – a fim de que o indivíduo se apresente como ser único perante a sociedade, a incerteza de um futuro altamente mutável pelas diversas guinadas tecnológicas, cuja influência na sociedade faz com que as estruturas tradicionais se liquefaçam e os arranjos sociais não mais comportem identidades tão diferentes para amalgamá-las em um bloco sólido: todos esses elementos contribuem para o insucesso de uma resposta ao tema dos dados pessoais com base na teoria jurídica tradicional, que encontra sua validade na soberania estatal.

A efetividade de uma normativa visando impedir o ataque internacional aos dados pessoais dependeria, portanto, de um esforço global para que fosse colocada em prática. A ligação entre a soberania estatal e a validade e cogência do direito, entretanto, dificulta sobremaneira tal mister. E, além disso, ainda que fosse superada tal questão, imperioso destacar que a falta de identidade entre os habitantes de diferentes lugares do planeta, cuja coabitação se dá de maneira flúida, dificultaria ainda mais a busca pela tutela coletiva desse direito. A flexibilidade das relações sociais entra em atrito, portanto, com qualquer pretensão de normatização e atuação global para impedir ataques aos dados pessoais. Como bem indica Antonio Manuel Hespanha, atualmente, *“a ideia de um direito flexível tem uma outra genealogia intelectual. Ela decorre do tópico, claramente pós-moderno (como já foi referido), do horror ao ‘macro’ e ao ‘geral’⁴⁵⁰.*

Essa é a razão pela qual não se pode concordar totalmente como que defende Stefano Rodotà, a respeito da modalidade de tutela escoreita aos dados pessoais.

⁴⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos...**, p. 86.

⁴⁵⁰ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio**. 6. ed., rev., e atual. Volume II. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 499.

Referido autor compreende que, independentemente do ponto de vista considerado, *o problema não pode ser reduzido às suas fronteiras tradicionais e se dilata na dimensão coletiva*⁴⁵¹. Dessa forma, a melhor alternativa seria aquela que congregasse perspectivas públicas e privadas de defesa aos dados pessoais – com o que se concorda –, dando ênfase, entretanto, àquelas advindas da esfera coletiva – com o que se discorda. Rodotá aposta no investimento em meios coletivos de controle, visto que ao indivíduo isolado seria ilusório pensar, face ao poder das grandes organizações de coletas de dados, que pudesse controlar seu destino quanto aos dados pessoais. Com efeito, assim apregoa:

*A própria defesa da privacidade requer, portanto, um alargamento da perspectiva institucional, superando a lógica puramente proprietária e integrando os controles individuais com aqueles coletivos; diferenciando a disciplina de acordo com as funções para as quais são destinadas as informações coletadas; analisando com maior profundidade os interesses envolvidos nas diversas operações e colocando em funcionamento novos critérios para o equilíbrio de tais interesses. Em síntese: a proteção de dados não pode mais se referir a algum aspecto especial, mesmo que este seja em si muito relevante, porém requer que sejam postas em operação estratégias integradas, capazes de regular a circulação de informações em seu conjunto*⁴⁵².

Não há como se contestar que o poder ostentado pelas entidades captadoras de dados pessoais é imenso. Ao mesmo tempo, entretanto, se vislumbram todas as características próprias da modernidade líquida e da *surveillance*, em que a própria outorga dos dados pelos cidadãos se dá de maneira dócil, em que esses mesmos cidadãos também captam e utilizam dados pessoais de outros indivíduos, e em que o poder político e as estruturas sociais privilegiam e exigem muito mais o protagonismo social do que a confiança das pessoas nos arranjos da sociedade a qual pertencem ou ao Estado ao qual prestam contas.

A compreensão de todas essas questões leva a se apostar, para os casos de ataques internacionais aos dados pessoais (em que a tutela advinda da legislação puramente nacional seja inóqua), em um protagonismo muito maior dos indivíduos, ainda que, em sua solidão, possam ser solapados por diversos centros de poder atuantes na rede virtual.

⁴⁵¹ RODOTÁ, Stefano. *Op. cit.*, p. 37.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 50.

Essa delegação da defesa dos dados pessoais aos próprios indivíduos, apesar de não ser a tutela ideal que se espera para qualquer direito, os compreende como integrantes da atual modernidade; como pessoas reais. E, no caso específico dos dados pessoais, a fim de que os cidadãos tomem as rédeas de seu próprio destino, sugere-se que a proteção assuma, com pujança, o conteúdo semântico de *fomentar, apoiar, estimular e patrocinar* os meios de se evitar a ingerência indevida nesses dados. Muito mais do que a tutela reintegratória – cujo desafio à efetividade, para os casos de captação internacional de dados pessoais, se mostra hercúleo –, deve-se investir na tutela inibitória dos dados pessoais, não permitindo que deles se aposses os diversos entes que convivem no ambiente virtual.

Para essa atividade de prevenção da prática do ilícito, defende-se que à legislação cabe, de forma precípua para a escorreita tutela dos dados pessoais, incentivar, fomentar e educar os cidadãos para o uso doméstico da criptografia.

Criptografia é o estudo dos princípios e técnicas pelas quais a informação pode ser transformada da sua forma original para outra ilegível, de forma que possa ser conhecida apenas por seu destinatário, detentor da decodificação, o que a torna difícil de ser lida por alguém não autorizado. Sobre o termo leciona William Stallings:

Uma mensagem original é conhecida como texto claro (ou plaintext), enquanto a mensagem codificada é chamada de texto cifrado (ou ciphertext). O processo de converter um texto claro em um texto cifrado é conhecido como cifração ou encriptação; restaurar o texto claro a partir do texto cifrado é decifração ou deciptação. Os muitos esquemas utilizados para a encriptação constituem a área de estudo conhecida como criptografia. Esse esquema é designado sistema criptográfico ou cifra. As técnicas empregadas para decifrar uma mensagem sem qualquer conhecimento dos detalhes de encriptação estão na área da criptoanálise, que é o que os leigos chamam de “quebrar o código”. As áreas da criptografia e criptoanálise, juntas, são chamadas de criptologia⁴⁵³.

Ainda que tal conceito pareça de difícil compreensão, e, portanto, inacessível à maioria da população, em verdade, a utilização prática da criptografia se mostra muito mais simples do que a sua compreensão a fundo, visto que viabilizada pela mera instalação e utilização de *softwares* criados especialmente para tal função.

Legislação, portanto, que fomente o desenvolvimento, aquisição e utilização de *softwares* criptográficos, usados tanto quanto possível cada vez que os indivíduos

⁴⁵³ STALLINGS, William. **Criptografia e segurança de redes: princípios e práticas**. 6. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015, p. 21.

estabeleçam comunicações na internet, pode se mostrar muito mais efetiva do que aquela que, por meio de princípios e dispositivos aparentemente coerentes com as demais normas do sistema jurídico, perde sua função ante a inefetividade de seus comandos normativos, por falta de capacidade material de cogência⁴⁵⁴.

Do ponto de vista dos captadores de dados pessoais, a atividade tende a se tornar muito mais custosa, visto que precisam enfrentar uma miríade de códigos criptográficos gerados a partir dos *softwares* utilizados em ambiente doméstico, algo que pode dificultar os avanços nessa área, gerando, inclusive, o efeito contrário: a retrocessão em face das dificuldades encontradas.

Gleen Greenwald se mostra um entusiasta dessa técnica, vendo-a como um remédio possível face aos esquemas homéricos de captação de dados pessoais:

Além disso, para impedir os governos de se intrometerem em suas comunicações e em sua atividade pessoal na internet, todos os usuários deveriam adotar ferramentas de criptografia e de anonimato para a navegação. (...) E a comunidade de tecnologia deve continuar a desenvolver programas de anonimato e criptografia mais eficazes e fáceis de usar⁴⁵⁵.

O próprio Stefano Rodotà, defensor de uma tutela coletiva do direito à privacidade, concorda com essa tomada de consciência pelos cidadãos – o que deveria levar, conforme argumentado acima, à autodefesa por meio de programas codificadores:

Mas a nova angústia nasce da consciência da forte defasagem entre a rapidez do progresso técnico-científico e a lentidão com que amadurece a capacidade de controle dos processos sociais que acompanham tal progresso. E é exatamente neste terreno que é preciso trabalhar para preencher tal defasagem, projetando políticas conscienciosas, elaborando remédios constitucionais⁴⁵⁶.

Há, por fim, a questão ligada à ética da utilização dos meios tecnológicos. Aos seres humanos é dada a capacidade de escolha sobre suas atitudes, a partir de uma

⁴⁵⁴ Danilo Doneda, apesar de não mostrar tanto intusismo quanto aos mecanismos de tutela singular do direito de proteção aos dados pessoais, compreende a importância da utilização da própria tecnologia na proteção dos dados pessoais, consoante se vê: *é evidente que a utilização da tecnologia para a proteção de dados pessoais, que traz a tona o debate sobre a técnica, apresenta-se no conjunto como um contraponto a outras formas de atuação da tecnologia, que de forma alguma pode substituir a ação do direito. Sua aplicação, dependente de uma complexa coesão entre forças do mercado, pressão nos consumidores e políticas de governo, pode ser no entanto um importante auxiliar para a implementação de determinadas garantias.* in DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 370.

⁴⁵⁵ GREENWALD, Glenn. *Op. cit.*, p. 237.

⁴⁵⁶ RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 42.

racionalidade complexa. Entretanto, ainda que para alguns autores – a exemplo de Glenn Greenwald, para quem a vigilância pode ser exercida de maneira escorreita e coerente com a legislação⁴⁵⁷, e Mark Dodgson e David Gann, que indicam a necessidade de considerações éticas e práticas visíveis e responsáveis ante o volume de dados disponíveis para captação⁴⁵⁸ – a opção pela ética seja possível, dela desconfia Zygmunt Bauman, ao afirmar que, em busca de uma otimização no gerenciamento por meio da vigilância, foram deixadas para trás boa parte das questões morais e éticas, ainda que isso tenha um preço. Sobre o assunto, leciona Bauman:

A vigilância pode anular alguns escrúpulos morais ao manifestar suas “aplicações de proteção”. Mas isso tem um preço – de maneira alguma moralmente inocente. E sem parar de ser vigilância e sem eliminar as dúvidas de natureza moral com as quais ela tem sido, e não injustamente, associada. Ainda estamos esperando em vão pelo bolo que possamos comer e preservar, ainda que essa descoberta seja novamente anunciada a cada sucessiva novidade tecnológica⁴⁵⁹.

Dessa forma, considerando que a ética e direito não se confundem, inexistindo ainda consenso acerca da possibilidade de administração ética da vigilância e do contato com dados pessoais – não sendo provável, por todo o contexto exposto no trabalho, uma reviravolta ética a salvaguardar os dados pessoais –, cabe ao direito, enquanto instância legítima para tutela dos bens jurídicos, assumir o papel

⁴⁵⁷ Nesse sentido afirma que a alternativa à vigilância em massa não é a total eliminação da vigilância. É, em vez disso, uma vigilância com alvo definido, apenas nos casos em que haja indícios significativos de que a pessoa está de fato cometendo algum delito. Este tipo de espionagem tem muito mais probabilidades de impedir complôs terroristas do que a atual abordagem de “coletar tudo”, que soterra os órgãos de inteligência com tamanha quantidade de dados a ponto de impedir os analistas de processá-los de forma eficaz. Além disso, ao contrário de uma vigilância em massa indiscriminada, esse enfoque respeita os valores da Constituição norte-americana e os preceitos básicos da justiça ocidental. in GREENWALD, Glenn. *Op. cit.*, p. 262.

⁴⁵⁸ Sobre a questão, indicam os autores que os enormes volumes de dados disponíveis sobre indivíduos para outras pessoas, corporações, e o Estado também aumentam as responsabilidades dos que projetam e gerem a inovação. Na informação e em outras áreas, como a genética, a inovação exige profundas considerações éticas e práticas bastante visíveis e responsáveis, além de regulamentações alertas e ágeis em suas respostas. Tecnologias de simulação, modelagem e visualização oferecem grandes oportunidades de melhoria nos processos de inovação, porém seu uso responsável depende das habilidades e do julgamento de pessoas imersas na teoria e na prática de suas profissões e ocupações. A inovação exige que as pessoas sejam funcionários, clientes, fornecedores, colaboradores, membros de equipe e cidadãos informados, vigilantes e responsáveis. Andrew Grove, fundador da Intel, disse que, em nosso mundo incerto, somente os paranoicos sobrevivem, mas serão os perspicazes e informados, e não os desconfiados e teremoros, que nos ajudarão nos momentos difíceis. Emanuel Kant disse que ciência é o conhecimento organizado; sabedoria é a vida organizada. O futuro da inovação – onde seus benefícios fluem e os custos são abreviados – está na sábia organização do conhecimento. in DODGSON, Mark e GANN, David. *Op. cit.*, p. 150.

⁴⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância...**, p. 129.

que lhe cabe, de fomento e proteção, em última análise, da dignidade da pessoa humana.

Insiste-se, portanto, na necessidade de proteção jurídica aos dados pessoais. Não há que se falar em cumprimento da Constituição Federal sem a tutela efetiva dos dados pessoais. Não há que se falar em igualdade entre os cidadãos sem a tutela efetiva dos dados pessoais. E o Direito, enquanto mecanismo legítimo de proteção por monopolizar o emprego legítimo da coerção, deve se inserir de maneira eficaz no âmbito dessa complexidade, compreendendo seus limites, alcances e objetivos.

Acredita-se, por fim, que a importância do tema ora discutido apenas se avultará com o passar dos anos. Cada vez mais os dados pessoais se mostram peças-chave na atuação política e econômica de diferentes agentes internacionais, sendo crescente o interesse pela captação e utilização indiscriminada de dados pessoais. Além disso, o desenvolvimento tecnológico é galopante, o que permite a ingerência cada vez mais vultuosa e dissimulada nos dados pessoais produzidos em âmbito virtual.

Raymond Kurzweil, engenheiro-chefe do Google, é um dos mais famosos entusiastas sobre o impacto da tecnologia na realidade humana, se dedicando desde a criação de *softwares* que compõe poemas de maneira automatizada até a aplicação de tecnologia em ramos da medicina.

Referido pesquisador, em sua obra escrita no ano de 1999 e denominada “A Era das Máquinas Espirituais”⁴⁶⁰, consignou certas “previsões”, calcadas no ritmo que o desenvolvimento tecnológico apresentava, aliadas aos objetivos desse desenvolvimento. Ainda que o futuro seja incerto, não pode se falar aqui em qualquer metafísica aplicada à análise promovida pelo engenheiro, mas em abordagem calcada em elementos científicos, cujo desenvolvimento se estuda e se calcula. Assim, sem negligenciar o nível de indeterminação inerente ao desenvolvimento da sociedade, se admite a utilização de tais parâmetros para se perceber como os dados pessoais tendem a angariar um protagonismo ainda mais destacado com o desenvolvimento cada vez mais avançado da tecnologia.

Avançando em um lapso temporal de dez anos, para o ano de 2009, assim previu Raymond Kurzweil, acerca da utilização de computadores, a privacidade e a produção de dados pessoais:

⁴⁶⁰ KURZWEIL, Ray. **A Era das Máquinas Espirituais**. São Paulo: Aleph, 2007, p. 257-258.

a maior parte dos indivíduos utiliza computadores portáteis, que se tornaram muito mais finos e leves que os notebooks de dez anos antes. Os computadores pessoais se encontram disponíveis em uma grande variedade de tamanhos e formatos, e estão comumente embutidos nas roupas e em joias, como relógios de pulso, anéis, brincos e outros ornamentos corporais.... A maior parte dos usuários possui servidores em suas próprias casas e escritórios, nos quais mantêm grandes estoques de “objetos” digitais, incluindo seu próprio software, suas bases de dados, documentos, música, filmes e ambientes de realidade virtual (ainda que estes últimos se encontrem apenas em seus estágios iniciais) Existem serviços para manter os objetos digitais pessoais em repositórios centrais, mas a maioria das pessoas prefere manter suas informações privadas sob seu próprio controle físico⁴⁶¹.

Ultrapassado o ano de 2009, verifica-se que a massificação da utilização privada da tecnologia tornou-se, sem dúvida alguma, uma realidade. Todavia, justamente por vivermos esta realidade e estarmos acostumados com ela, muitas vezes não nos damos conta das potencialidades que as ferramentas disponíveis, se levadas a sério, possuem – seja para fins éticos ou não éticos, lícitos ou ilícitos. Assim, ao tempo em que a tecnologia tem muito a oferecer, sua utilização não mais figura como uma opção, mas sim como uma necessidade face a atual configuração da “sociedade fluida”, razão pela qual os dados pessoais angariam tamanha importância para a constituição dos indivíduos e, igualmente, para a manutenção e desenvolvimento do poder.

Dentre as previsões – algumas mais corretas que as outras - sobre o já passado, ainda que não longínquo, ano de 2009, um aspecto concernente a este período merece especial atenção: o protagonismo que já reservava à privacidade e aos dados pessoais.

Nesse sentido, analisando a questão da política e da sociedade, Kurzweil previa que, no ano de 2009, o tema da privacidade emergiria como questão fulcral na distribuição de poderes na sociedade. Assim dispôs o engenheiro:

A privacidade emergiu como uma questão política fundamental. O uso praticamente constante das tecnologias de comunicação eletrônica está deixando uma trilha altamente detalhada de todas as ações de cada pessoa. Têm havido muitos litígios, que colocaram algumas restrições sobre a ampla distribuição de dados pessoais. Apesar disso, os órgãos governamentais continuam a ter o direito de obter acesso aos arquivos pessoais da população, o que resultou em uma grande popularidade das tecnologias de codificação indecifrável⁴⁶².

⁴⁶¹ *Idem.*

⁴⁶² *Ibidem*, p.266.

Essa *trilha altamente detalhada de todas as ações de cada pessoa* nada mais é, consoante afirma textualmente, do que *a ampla distribuição de dados pessoais* – coletados, armazenados e tratados, a fim de que deles se retire a informação desejada pelo ente público ou privado.

Com o risco de se incorrer em redundância, afirma-se novamente: o desvelo dos programas espões dos Estados Unidos e de outros países fez com que tal previsão fosse, ainda que parcialmente, confirmada pela história: os dados pessoais detêm importância ímpar no arranjo sociopolítico mundial, e existem litígios referentes a distribuição de dados pessoais; entretanto, o efeito mais desejável, referente à utilização massiva de programas criptográficos domésticos, até o momento não se confirmou.

A proteção de dados pessoais está, portanto, na “ordem do dia”, e tal situação já era prevista, há pouco mais de dez anos, pelo cientista estadunidense.

Aprender com os erros do passado é uma virtude; entretanto, tal aprendizado somente terá verdadeira valia se utilizado de forma benéfica e profícua no futuro. Dessa forma, imperioso se voltar as atenções aos intentos mais audaciosos, mas nem por isso menos dignos de consideração, de Kurzweil: as estimativas feitas para os anos de 2019, 2029 e 2099, no que toca ao desenvolvimento da tecnologia e seu impacto na realidade, mormente no que toca à importância dos dados pessoais.

Para o engenheiro norte-americano, a maior parte dos computadores será, em 2019, invisível, pois incrustados nos mais diversos locais, como mesas, cadeiras, roupas, joias e, por fim, nos corpos⁴⁶³.

Telas tridimensionais embutidas nos óculos ou em lentes de contato se tornará rotineiro, com a possibilidade de se criarem ambientes visuais virtuais altamente realísticos, que se sobreporiam ao ambiente “real”⁴⁶⁴.

Na comunicação, Kurzweil admite que se “*pode fazer o que quiser com qualquer pessoa, independentemente da proximidade física. A tecnologia para realizar isso é fácil de usar e esta sempre presente*”.⁴⁶⁵.

No que toca à sociedade e a política, algo ainda distante atualmente, mas completamente vislumbrável num futuro não muito longo começaria a ocorrer em

⁴⁶³ KURZWEIL, Ray. *Op. cit.*, p. 275.

⁴⁶⁴ *Idem*.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 276.

2019: o relacionamento com personalidades automatizadas, sejam companheiros, professores, auxiliares ou amantes ⁴⁶⁶. Personalidades automatizadas seriam superiores aos humanos em alguns sentidos, com a confiabilidade da memória e, se desejado, personalidades previsíveis⁴⁶⁷.

Além disso, o monitoramento de espaços públicos e privados seria uma constante, ao que os indivíduos reagiriam tentando proteger ao máximo – se utilizando principalmente de técnicas de criptografia avançada, o que significa, em última análise, a utilização da própria tecnologia – seus dados pessoais e sua vida privada, no qual se conclui que a proteção de dados pessoais, de forma potencializada, continuará a ser um fator importante no campo político e social, “*com praticamente cada movimento de cada indivíduo armazenado em uma base de dados em algum lugar*” ⁴⁶⁸.

O ano de 2019 se avizinha, e a demonstração do poderio de captação e tratamento de dados pessoais já existente demonstra que, dificilmente, os movimentos de quem quer que seja restam imunes às atividades inerentes à *surveillance*.

O ano de 2029, por sua vez, apresentará um computador que, a um custo de mil dólares (com valor referencial a 1999), possuirá a capacidade de computação de aproximadamente mil cérebros humanos – o equivalente a mil vezes 20 trilhões de cálculos por segundo⁴⁶⁹. Agregue-se a isso que, da capacidade total de computação da espécie humana, quando combinadas com a tecnologia da informação, mais de 99% será artificial⁴⁷⁰.

Comunicação sônica (projeção de sons com precisão em espaços tridimensionais) e tecnologia gráfica tridimensional representarão grande parte do que é visto e ouvido, inexistindo, porém, contrapartida física, característica da chamada “realidade virtual” ⁴⁷¹.

Sociedade e política, por seu turno, apresentariam uma divisão bem mais tênue entre o “mundo humano” e o “mundo das máquinas” ⁴⁷², tendo como principal razão o fato de a cognição humana estar sendo transportada para a tecnologia.

⁴⁶⁶ *Ibidem* p. 281.

⁴⁶⁷ *Idem*.

⁴⁶⁸ *Idem*.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 298.

⁴⁷⁰ *Idem*.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 300.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 301.

Em uma incursão pouco comum em sua obra, o autor americano se arrisca, inclusive, a “predizer” um efeito normativo deste desenvolvimento tecnológico assombroso, no tocante a um possível “direito legal das máquinas”. Nesse sentido:

A discussão sobre os direitos legais das máquinas está crescendo, particularmente aquela das máquinas que são independentes dos humanos (aquelas que não estão incorporadas em um cérebro humano). Embora ainda não inteiramente reconhecida por lei, a influência penetrante das máquinas em todos os níveis de tomada de decisões fornece uma proteção significativa às máquinas⁴⁷³.

Não cabe, neste momento, entrar no mérito de um possível “direito das máquinas” – ainda que, na realidade atual, já estejam sendo vislumbradas tais aplicações, a exemplo do parecer apresentado perante a Comissão de Direito Civil do Parlamento Europeu, como moção para criação de Resolução afeta aos direitos e deveres envolvendo a robótica⁴⁷⁴. De outro lado, a intensa interação de seres humanos e andróides expõe o convívio da tecnologia com a privacidade, local onde a proteção aos dados pessoais se faz ainda mais sentida.

Quanto ao ano de 2099, Kurzweil afirma que o pensamento humano estará se fundindo com a inteligência artificial que ele mesmo criou, chegando ao ponto em que as inteligências baseadas em máquinas derivadas desses modelos afirmam ser humanas, ainda que suas estruturas celulares não sejam compostas de carbono, mas sim de equivalentes eletrônicos e fotônicos⁴⁷⁵. Em verdade, não apenas a complexidade das interações homem-máquina balizará as discussões sobre a matéria, mas o próprio *conceito do que é humano foi alterado de modo significativo*⁴⁷⁶, visto que a utilização de implantes neurais contendo neurônios com base em carbono oferecerá um aumento significativo nas habilidades cognitivas e perceptivas humanas. Dessa forma, a compreensão da realidade como um todo restará modificada, em que *os direitos e poderes de diferentes manifestações de inteligências humanas e de máquinas e suas várias combinações representam uma questão política e filosófica fundamental, embora os direitos básicos da inteligência baseada em máquinas já tenham sido estabelecidos*⁴⁷⁷.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 302.

⁴⁷⁴ Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML%2BCO-MPARL%2BPE-582.443%2B01%2BDOC%2BPDF%2BV0//EN>. Acesso 15/02/2017.

⁴⁷⁵ *Ibidem* p. 316.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 317.

⁴⁷⁷ *Idem*.

Todo esse relato acerca das previsões de Ray Kurzweil tem a função de reforçar o argumento principal dessa dissertação: há a necessidade premente de uma proteção jurídica efetiva aos dados pessoais. As opções existentes, vislumbrando o tempo vindouro, são apenas duas: ou se negligencia a importância do tema, conferindo proteção deficiente ou nenhuma aos dados pessoais frente ao poderio captatório de empresas e governos; ou se assume uma postura comprometida com a realidade, visando impedir, hoje e no futuro, esse achaque ao direito de proteção aos dados pessoais, que esteia importantes princípios e direitos constitucionais, como a igualdade e a liberdade.

Existe possibilidade de se adotar uma proteção efetiva aos dados pessoais. Consoante afirmado alhures, o emprego de técnicas legislativas que fomentem e induzam os cidadãos à utilização de *softwares* protetivos, combinado com a existência de textos normativos sancionatórios àqueles que transgridam os vários aspectos que envolvem os dados pessoais (ainda que se esteja ciente da limitação do alcance das punições calcadas em um direito tão somente nacional), pode dar um panorama diferente para uma realidade que, mais do que opor indivíduos e entidades privadas e estatais, faz com esses próprios indivíduos fiquem seduzidos pelas promessas da tecnologia, fornecendo, de bom grado, dados pessoais, sem se dar conta, muitas vezes, das consequências.

Há escolha possível, ainda que se admita a inevitabilidade de um futuro tecnológico. Ainda cabe aos seres humanos a escolha dos contornos da tecnologia, bem como dos direitos que tutelem os bens jurídicos afetados por ela. Nesse sentido leciona Kurzweil:

*O ritmo cada vez mais acelerado de mudanças é inexorável. A emergência da inteligência de máquina que excede a inteligência humana em toda a sua ampla diversidade é inevitável. Mas ainda temos o poder de dar forma à nossa futura tecnologia e às nossas vidas futuras. Esta é a principal razão pela qual escrevi esse livro*⁴⁷⁸.

Última anotação acerca dos escritos de Kurzweil diz respeito a uma série de diálogos apresentadas no livro que ora se analisa, mantidos entre um personagem inicialmente sem nome, e que, ao final, se revela ser uma jovem chamada Molly, e o autor. Na maior parte da obra essa personagem – que habita em qualquer dos tempos

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 341.

referenciados pelo escritor, enquanto este permanece no presente da elaboração do livro – serve como intermediária entre o leitor e o autor, pedindo a este esclarecimentos, desafiando-o, ou, ainda, tecendo comentários sobre o assunto abordado no capítulo. Dentre todos esses diálogos, um chama especial atenção, ante sua menção expressa aos dados pessoais e a privacidade. A conversa fictícia ocorre no ano de 2099, e se deu da seguinte forma:

L – Tem havido regulamentações sobre a descoberta jurídica do arquivo da mente. Basicamente, nossas estruturas de conhecimento que correspondem ao que costumava constituir documentos e artefatos descobríveis são descobríveis. Essas estruturas e padrões que correspondem ao nosso processo de pensamento não deveriam fazer isso. Mais uma vez, isto tudo está enraizado em nosso passado SHUMO. Mas, como você pode imaginar, hoje existem litígios sem fim sobre como interpretar isso.

K – Então, a descoberta jurídica de seu arquivo de mente primário está resolvida, ainda que com algumas regras ambíguas. E os arquivos de backup?

L – Acredito ou não, a questão do backup não está inteiramente resolvida. Não faz muito sentido, faz?

K – O sistema jurídico nunca foi inteiramente consistente. E quanto a testemunhar: vocês precisam estar fisicamente presentes?

L – Como muitos de nós não possuem uma presença física permanente, isso não faria muito sentido, faria?

K – Sei. Então vocês podem testemunhar com um corpo virtual?

L – Claro, mas você não pode fazer mais nada enquanto estiver testemunhando.

K – Então, nada de ficar de conversinhas paralelas com George.

L – Exato.

K – Parece justo. Aqui, em 1999, você não pode levar café para dentro de uma sala do fórum e tem de desligar seu telefone celular.

L – Além da descoberta, há muita preocupação com que órgãos de investigação do governo possam ter acesso aos backups, embora o neguem.

K – Não me surpreende que a privacidade ainda esteja sendo posta em discussão. Phil Zimmermann...

L – O cara do GP?

K – Ah, você lembra dele?

L – Claro, muita gente o considera um santo.

K – Seu Pretty Good Privacy é de fato muito bom: é o principal algoritmo de encriptação desde 1999. De qualquer maneira, ele disse que, “no futuro, todos nós teremos 15 minutos de privacidade”.

L – Quinze minutos seria ótimo”.⁴⁷⁹

Ainda que permitam reflexão demorada as previsões indicadas pelo engenheiro estadunidense, em verdade, não se precisa avançar tanto na cronologia para se verificar que os dados pessoais seguirão sendo objeto de desejo do mercado e dos poderes estabelecidos. Enquanto o presente trabalho é redigido, novas notícias são veiculadas, com regularidade, sobre a atividade de captura de dados por

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 332/333.

entidades governamentais, expondo que, a despeito do compromisso do governo americano feito através de Barack Obama à ex-presidente do Brasil, Dilma Rousseff, de que diversos países não seriam mais espionados, não é isso que se verifica da atual atuação da CIA e da NSA. Nesse sentido a reportagem do *The New York Times*, de 07 de março de 2017, intitulada *WikiLeaks libera boutique de alegados documentos de espionagem informática da C.I.A.*⁴⁸⁰, informando que o site da organização transnacional sediada na Suécia Wikileaks promoveu o que parece ser o *maior vazamento de documentos na história, referente a milhares de páginas descrevendo sofisticadas ferramentas de software e técnicas usadas pela agência para invadir smartphones, computadores e até mesmo televisões conectadas à Internet*, incluindo, dentre eles, *instruções para comprometer uma ampla gama de ferramentas comuns de computador para uso em espionagem: o serviço de chamada on-line Skype; redes Wi-Fi; documentos em formato PDF; e até programas antivírus comerciais do tipo usado por milhões de pessoas para proteger seus computadores.*

De maneira mais específica, no que toca à quantidade de informação vazada pela entidade com sede sueca, informa o *TNYT* que o material disponibilizado *incluiu 7.818 páginas com 943 anexos... compostos por várias centenas de milhões de linhas de código de computador.* Apenas como exemplo, relatou o jornal americano que o *WikiLeaks* disse que o *C.I.A.* e os *serviços de inteligência aliados conseguiram comprometer os smartphones da Apple e do Android, permitindo que seus funcionários ignorem a criptografia em serviços populares como Signal, WhatsApp e Telegram. De acordo com o WikiLeaks, hackers do governo podem penetrar smartphones e coletar "o tráfego de áudio e mensagens antes que a criptografia seja aplicada".*

Das informações relatadas até o momento, não há como se traçar um paralelo efetivo entre os documentos expostos e aqueles relatados no primeiro capítulo do trabalho, visto que, conforme noticiou o veículo de imprensa, *ao contrário dos documentos da Agência de Segurança Nacional que Edward J. Snowden deu aos jornalistas em 2013, eles não incluem exemplos de como as ferramentas foram*

⁴⁸⁰ Tradução livre de: *WikiLeaks Releases Trove of Alleged C.I.A. Hacking Documents*. Disponível em: https://www.nytimes.com/2017/03/07/world/europe/wikileaks-cia-hacking.html?hp&action=click&pgtype=Homepage&clickSource=story-heading&module=first-column-region®ion=topnews&WT.nav=top-news&_r=1. Acesso em 07/03/2017.

usadas contra alvos estrangeiros reais. Isso poderia limitar o dano do vazamento à segurança nacional.

Não parece, entretanto, que a confirmação de captura efetiva de dados pessoais de estrangeiros – algo comprovado pelos documentos expostos por Edward Snowden – seja essencial para que os documentos recentemente vazados detenham importância ímpar para a realidade mundial. Isso porque a mera potencialidade de espionagem já demonstra o interesse estatal em caminhar à margem da legalidade, indo contra os direitos fundamentais contidos em tratados internacionais, reforçando assim o peso que representa a *surveillance* na manutenção dos centros de poder.

Outro exemplo de significativa importância é a notícia veiculada pelo jornal *The Guardian US* acerca da vulnerabilidade do programa de criptografia utilizado pelo aplicativo de conversas por dispositivos eletrônicos *WhatsApp*⁴⁸¹. Descoberta por um pesquisador da Universidade de Berkeley, Tobias Boelter, a brecha no sistema diz respeito a uma troca de chaves de segurança que permite decodificar as mensagens enviadas, desde que não tenham sido efetivamente entregues ao destinatário⁴⁸². Falhas em sistemas informatizados não são raras; entretanto, o que chama a atenção nesse caso é que o responsável pela descoberta, apesar de ter comunicado ao Facebook – atual dono do aplicativo –, não viu a falha ser reparada. Sem maiores especulações, certo é que se ao indivíduo fosse dada a possibilidade de utilizar o seu próprio sistema de criptografia acoplada ao aplicativo de conversas, muito provavelmente tal questão não constaria no bojo desse trabalho. Além disso, conjugando as novas iniciativas de espionagem desveladas recentemente pelo *Wikileaks* e a possibilidade de descriptação de mensagens enviadas pelo *WhatsApp* (que contava, já em 2016, com 1 bilhão de usuários no mundo⁴⁸³), se verifica que não resta muito espaço para a privacidade e a troca protegida de dados pessoais sem a observância do *Big Brother* e das *Little Sisters*.

Acredita-se que a eventual continuidade de redação da presente dissertação seria corriqueiramente acompanhada de novas notícias sobre a ingerência privada e

⁴⁸¹ Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/jan/13/whatsapp-backdoor-allows-sniping-on-encrypted-messages>. Acesso em 03/04/2017.

⁴⁸² Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/whatsapp-tem-falha-que-permite-ler-conversa-mesmo-com-criptografia-diz-jornal.ghtml>. Acesso em 03/04/2017.

⁴⁸³ Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/02/whatsapp-alcanca-1-bilhao-de-usuarios.html>. Acesso em 03/04/2017.

estatal sobre os dados pessoais. Para justificar a análise do tema, entretanto, tal situação não parece ser necessária. Os ataques até agora perpetrados em face dos dados pessoais aliados à captação desses por meios dissimulados e amigáveis, influenciando a realidade de milhões de pessoas no Brasil e em todo o mundo, não permitem, hoje, que o Direito seja relapso na tutela dos direitos de proteção aos dados pessoais. A incolumidade dos demais princípios fundantes do ordenamento constitucional depende dessa proteção.

CONCLUSÃO

*Merecer la vida, no es callar y consentir
Tantas injusticias repetidas
Es una virtud, es dignidad
Y es la actitud de identidad
Más definida!*

*Eso de durar y transcurrir
No nos dá derecho a presumir
Porque no es lo mismo que vivir
Honrar la vida!*
Mercedes Sosa – Honrar La Vida

A tarefa atribuída ao Direito, de servir como fonte primeira e legitimadora da regulação coercitiva, estabelecendo e categorizando sujeitos e objetos de direito, é dotada de extrema complexidade. Isso porque certos temas insistem em desafiar os conceitos e definições tradicionais do fenômeno jurídico, dele escapando por se recusarem a amoldar suas formas àquelas apreensíveis e operáveis pelos conceitos clássicos da normatividade.

O tema relacionado aos dados pessoais parece ser um desses conceitos que operam no limiar dos poderes e apreensões do Direito. Com as ideias desenvolvidas ao longo do trabalho, se verificou que, a despeito das normas existentes sobre o assunto, um programa gigantesco de captação e armazenamento de dados pessoais foi levado a cabo pelo governo estadunidense, em conluio com outros importantes estados soberanos, apoiados e auxiliados por entidades privadas coletoras de dados pessoais em ambientes informáticos.

A apresentação de um panorama de “terra arrasada” para os dados pessoais acaba ostentando a função de, ao tempo em que se expõe a realidade de um programa altamente invasivo ao direito de proteção aos dados pessoais, causar no leitor um “choque inicial”, por meio do qual se desperta a angústia de potencialmente ter sido, ou diariamente ser, objeto dessa atividade agressiva, aliado à percepção de atitudes por ele praticadas que, no mais das vezes, negligenciam ou anuem com referida atividade.

Além disso, se verificou que essa condição representa, em verdade, uma tendência mundial, considerando a importância ímpar que os ganhos políticos e econômicos advindos dessa prática detém na atual conjuntura global: ganhos políticos representados, principalmente, pela possibilidade de categorização dos indivíduos e

dos diversos arranjos sociais, a fim de os enfraquecer, fortalecer, colocar sob suspeita, ou até mesmo banir de determinado espaço físico ou virtual, a depender da vontade do poder estabelecido, além da utilização crescente de *cyber* ataques em face de outros Estados soberanos, a fim de influenciar desde eleições presidenciais⁴⁸⁴ até testes de caráter bélico-nuclear⁴⁸⁵; e econômicos, pela potencial definição, a partir de análise de diferentes dados, de estratégias de mercado, nichos de investimento e *marketing* direcionado, o que movimenta, em favor das empresas coletoras de dados pessoais, cifras astronômicas, colocando, consoante análise da revista americana de negócios e economia *Forbes*, a Apple, o Google, a Microsoft e o Facebook como a 1ª, 2ª, 3ª e 5ª empresas mais valiosas do mundo, respectivamente⁴⁸⁶.

Se alertou, ainda, para o papel que os próprios indivíduos ostentam na produção e concessão de dados aos diversos agentes operantes nos ambientes tecnológicos, sem se dar conta do valor que detém tais informações, bem como da capacidade de imissão do Governo nesses dados. Glenn Greenwald pontua, inclusive, como *“pode ser difícil gerar uma preocupação séria em relação à vigilância secreta do governo: invasão de privacidade e abuso de poder podem ser vistos como abstrações, coisas com as quais é difícil fazer as pessoas se importarem de forma visceral”*.

A compressão dos elementos que envolvem a constituição dos indivíduos e de suas relações sociais, permeadas por estruturas de identidade e poder, também foi amplamente considerada para análise do objeto do trabalho. A transferência das angústias totalizantes para as consequências do protagonismo pessoal e a vivência de um galopante desenvolvimento tecnológico e computacional resumem bem os motivos para que Bauman se dedique ao estudo de uma época singular, denominada *“modernidade líquida”* – detendo essa uma relação arraigada com o valor da produção de dados pessoais.

A delimitação de conceitos, por sua vez, permite uma escolha consciente e efetiva das ferramentas adequadas para se investigar o objeto escolhido para estudo. Dela se conclui que o direito à proteção dos dados pessoais configura mais do que

⁴⁸⁴ Disponível em: https://www.nytimes.com/2016/12/13/us/politics/russia-hack-election-dnc.html?_r=0. Acesso em 16/12/2016.

⁴⁸⁵ Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/03/04/world/asia/north-korea-missile-program-sabotage.html>. Acesso em 04/03/2017.

⁴⁸⁶ Disponível em: <http://www.forbes.com.br/listas/2016/05/50-marcas-mais-valiosas-do-mundo-em-2016/#foto45>. Acesso em 16/12/2016.

mero corolário da privacidade, mas verdadeira concepção autônoma de um fenômeno distinto daqueles mencionados em diferentes textos legais, a exemplo da “vida privada” e da “intimidade”. Ao se isolar o conceito de dados pessoais assume-se que, para tal questão, é possível se destilar direitos e deveres específicos, afetos tão somente a este signo linguístico.

Diante de todo esse panorama, conclui-se igualmente pela imperatividade que recai sobre os Estados Democráticos para que assumam seu compromisso constitucional de guarda e proteção dos direitos individuais, pois assim se propôs quando estabeleceu, na Carta Magna, referido regime de governo.

Para tanto, deve constantemente investir em renovados e profícuos mecanismos de tutela, condizentes com as demandas sociais e adaptados ao tempo presente.

Isso porque ficou claro, das normativas expostas do trabalho, desinentes dos ordenamentos jurídicos de diferentes e importantes centros políticos mundiais – Europa e Estados Unidos –, que os modelos atualmente utilizados pelo Direito não ostentam a efetividade necessária para a proteção dos dados pessoais, visto que a captura desses dados se dá de maneira massiva, capitaneada, muitas vezes, pelos próprios estados soberanos responsáveis pela produção legislativa⁴⁸⁷.

Se por um lado é certo que a realidade brasileira – visto que expoente de um país com proporções continentais, que abriga população culturalmente multifacetada e cuja desigualdade econômica e social atinge índices alarmantes – não pode ser completamente subsumida aos panoramas indicados pelos autores ao longo do trabalho, por outro se deve reconhecer sua imersão no contexto de uma “sociedade mundial em rede”, sofrendo, ainda, os importantes efeitos da “liquefação” social, sendo objeto de grande atenção no que toca à captação de dados pessoais.

A despeito dessa inserção nacional na realidade mundial de ataque à integridade e confidencialidade dos dados pessoais, não ostenta o Brasil legislação específica sobre o tema. Por mais que se tenha analisado um panorama amplo de tratamento legal, indo desde a apresentação de princípios constitucionais à legislação

⁴⁸⁷ Acerca do tema, João Carlos Zanon: *Assim, a efetividade desse direito exige do Estado um duplo papel: em primeiro lugar, incumbe-lhe respeitar, por si próprio, todo o conteúdo que o direito fundamental à proteção dos dados pessoais assegura aos indivíduos; cabe, também, ao Estado, o dever de promover a proteção dos dados pessoais, estabelecendo restrições às atividades privadas de coleta, tratamento e utilização de dados pessoais por parte de entidades privadas, sobretudo quando exercidas através da internet, campo de atuação de poderosas empresas multimídias.* in ZANON, João Carlos. *Op. cit.*, p. 162.

especial sobre o ambiente da internet, não demonstram tais instrumentos serem suficientes à tutela eficaz dos dados pessoais, vez que deles não decorrem qualquer mecanismo de efetivo controle do que é captado no ambiente informático, comprovado pela atuação indiscriminada da NSA na captura de dados originados em solo brasileiro.

Diante de todo esse contexto, entende-se premetente o estabelecimento de uma proteção jurídica efetiva aos dados pessoais no Brasil. Para tanto, sugere-se três atitudes que possibilitariam, em alguma medida, o incremento da proteção de dados pessoais em território pátrio: 1) a conscientização dos cidadãos brasileiros acerca da importância dos dados pessoais, explicitando, por meio, *v.g.*, de campanhas governamentais, atenção escolar e *marketing* direcionado, com viés educacional, o valor e a importância que os dados pessoais produzidos e fornecidos detêm perante a estrutura de poderes vigente no mundo globalizado; 2) a efetiva compreensão, pelos juristas, do alcance e dos limites do Direito no ambiente informatizado, mediante a compreensão de que as categorias jurídicas existentes não dão conta de tutelar, de maneira eficaz, os ilícitos cometidos em face da produção massiva de dados pessoais, visto que os aparelhos coercitivos não alcançam, com a finalidade de inibir novos assédios, os complexos e absconsos modelos de captura de informações; 3) a definição de uma estratégia jurídica de tutela efetiva dos cidadãos frente às ingerências sobre os seus dados pessoais, a partir de: a) definição de legislação própria, que reforce conceitos e atribua imperatividade específica às questões ligadas aos dados pessoais, sem se esquecer da mutabilidade do que ocorre nos meios informáticos e as inovações a ele inerentes, ante a necessidade de não se engessar o direito posto, sob pena de rápida obsolescência; e b) a adoção, pelo Direito, de um novo e destacado papel: o de, buscando a efetividade na proteção dos dados pessoais, agir como catalisador da implementação e utilização de mecanismos defensivos exteriores a ele próprio, mormente através do fomento à educação digital e da disponibilização e incentivo de usos privados de *softwares* anti-espiões e de programas criptográficos para comunicação e navegação na internet, a fim de que cada cidadão possa se proteger, de maneira pessoal, dos ataques e ingerências aos dados pessoais, mantendo sobre eles controle tão particular quanto possível.

Levar a necessidade de proteção aos dados pessoais a sério deve estar na ordem do dia dos estudos e esforços despendidos pelos juristas brasileiros. Em verdade, tal atitude não constitui efetivamente uma escolha, pois não é faculdade do

Estado o cumprimento dos deveres constitucionais de manutenção da privacidade e da igualdade entre os cidadãos, mas verdadeira obrigação, vez que atrelados, todos, à noção de dignidade da pessoa humana. E isso deve ocorrer de forma célere e comprometida, sob pena de, se confirmadas as expectativas de Kurzweil sobre os rumos acerca da interação homem-máquina, e por mais que exista um Bauman do futuro para realizar uma leitura brilhante da sociedade, permanecerá o Direito “um passo atrás”, o que acabará por prejudicar sua função última: tutelar, legítima e efetivamente, a população que a ele é dado regular.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed., São Paulo: 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AIETA: Vânia Siciliano. **Marco Civil da Internet e o Direito à Intimidade**. *in* Marco Civil da Internet. George Salomão Leite e Ronaldo Lemos (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2014, p. 695-710.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**: a informatização judicial no Brasil. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARNAUD, André-Jean et. al.. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

AZEVEDO, Ana. **Marco civil da internet no Brasil**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **A Arte da Vida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

_____. **Em Busca da Política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

_____. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Legisladores e Intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. **Por uma Sociologia Crítica**: um ensaio sobre senso comum e emancipação. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

_____. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. **Vigilância Líquida: diálogos com David Lyon**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**: tradução da CNBB. São Paulo: Paulus, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis e MENEZES NETO, Elias Jacob de. **A insuficiência do marco civil da internet na proteção das comunicações privadas armazenadas e do fluxo de dados a partir do paradigma da *surveillance***. in Marco Civil da Internet. George Salomão Leite e Ronaldo Lemos (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2014, p. 417-439.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 02/03/2017.

_____. Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984. **Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7232.htm. Acesso em 02/03/2017.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 02/03/2017.

_____. Lei n.º 12.414, de 09 de junho de 2011. **Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm. Acesso em 02/03/2017.

_____. Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 02/03/2017.

_____. Lei n.º 12.654, de 28 de maio de 2012. **Altera as Leis nos 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm. Acesso em 02/03/2017.

_____. Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 02/03/2017.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 17ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO LIMA, Caio César. **Garantia da Privacidade e Dados Pessoais à Luz do Marco Civil da Internet**. in Marco Civil da Internet. George Salomão Leite e Ronaldo Lemos (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2014.

CÓDIGO PENAL - Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 02/03/2017.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 10/03/2017.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 10/03/2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 10/03/2017.

DODGSON, Mark e GANN, David. **Inovação**. Porto Alegre: L&PM, 2014.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

GUERRA FILHO, W. S.; CARNIO, H. G. **Metodologia jurídica político-constitucional e o marco civil da internet: contribuição ao direito digital**. in Fabiano Del Masso; Juliana Abrusio; Marco Aurélio Florêncio Filho. (Org.). Marco Civil da internet lei 12.965/2014 e garantias aos usuários. 1 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

GREENWALD, Glenn. **Sem lugar para se esconder**. Rio de Janeiro: Sextante, 2014.

GRAMSCI, Antonio. **Americanismo e fordismo**. in Obras escolhidas. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 1978.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. 23. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

HESPAHNA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. São Paulo: Globo, 2001.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss de sinônimos e antônimos da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

JACOB NETO, Elias. **Vigilância ou surveillance? Proposta para começar a compreender corretamente este fenômeno**. In: ROVER, Aires José; CELLA, José Renato Gaziero; AYUDA, Fernando Galindo (Org.). *Direito e Novas Tecnologias*. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

JESUS, Damásio de. **Marco Civil da Internet: comentários à Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014**. São Paulo: Saraiva, 2014.

KUJAWSKI, F. F.; THOMAZ, Alan Campos Elias. **Da Proteção aos Registros, Dados Pessoais e Comunicações Privadas: Um Enfoque sobre o Marco Civil da Internet**. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. (Org.). *MARCO CIVIL DA INTERNET*. 1ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014,

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KURZWEIL, Ray. **A Era das Máquinas Espirituais**. São Paulo: Aleph, 2007.

LEITE, George Salomão e LEMOS, Ronaldo (coordenadores). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MALTA VIEIRA, Tatiana. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Fabris, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MATTELART, Armand. **História da Sociedade da Informação**. São Paulo: Loyola, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais (atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes)**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 339.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012

NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e Legislação Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

ORWELL, George. **1984**. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. rev. atual. e ampl.; 3. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SERBENA, Cesar Antonio. **Einstein, Gödel e a (Indolente) Crítica de Boaventura de Souza Santos**. In XXV Jornadas Argentinas y III Jornadas Argentino-Brasileñas de Filosofía Jurídica y Social, 2011.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O progresso tecnológico e a tutela jurídica da privacidade**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista de Direito, Estado e Sociedade, v. 9, n. 16, p. 6-39, jan-jul, 2000.

STALLINGS, William. **Criptografia e segurança de redes: princípios e práticas**. 6. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015.

VELLOSO, Leandra. **A garantia de aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet**. in Marco Civil da Internet. George Salomão Leite e Ronaldo Lemos (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2014, p. 607-620.

WARREN, Samuel D. and BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5 (Dec. 15, 1890), pp. 193-220.

ZANON, João Carlos. **Direito à proteção dos dados pessoais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013